

University of Groningen

Is de notaris de markt meester?

Plaggemars, A.D.

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2011

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Plaggemars, A. D. (2011). *Is de notaris de markt meester?* Boom Juridische uitgevers.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Is de notaris de markt meester?

Omslagontwerp: Haagsblauw, Den Haag
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2011 A.D. Plaggemars | Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-8974-536-1
NUR 827

www.bju.nl

Rijksuniversiteit Groningen

Is de notaris de markt meester?

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van het doctoraat in de
Rechtsgeleerdheid
aan de Rijksuniversiteit Groningen
op gezag van de
Rector Magnificus, dr. E. Sterken,
in het openbaar te verdedigen op
donderdag 16 juni 2011
om 13.15 uur

door

Adolf Dirk Plaggemars
geboren op 29 oktober 1940
te Wierden

Promotores: Prof. mr. L.C.A. Verstappen
Prof. mr. H.H.B. Vedder

Beoordelingscommissie: Prof. mr. J.W. van de Gronden
Prof. mr. W.D. Kolkman
Prof. mr. B.C.M. Waaijer
Prof. mr. L. Weyts

Voorwoord

Dit boek schrijven kan mij in een lastig parket brengen. Immers, jarenlang was ik volop betrokken in het debat, als notaris, voorzitter van de KNB, bestuurder van de externe toezichthouder BFT. Het heeft mij veel gebracht. Ik heb het beroep van notaris uitgeoefend in verschillende kantoorcombinaties. Ook als raadsheer-plaatsvervanger heb ik met het doen en laten en het werk van notarissen te maken gehad. Nu dat dan (vrijwel) allemaal afgelopen is, was het een uitdaging om met al die ervaringen nog iets te doen.

Al mijn geschetste betrokkenheden kunnen heel goed achterdocht wekken ten aanzien van de objectieve benadering. Enerzijds geeft het verleden dan wel het voordeel van een relevante ervaring, anderzijds bestaat ook het gevaar van vooringenomenheid. Mede daarom zijn ook bij de echt controversiële onderwerpen royaal de meningen en inzichten van derden vermeld. Ik heb over het ambt geschreven, onderzoek gedaan, rechtsvragen opgeworpen en beantwoord en knopen voor de toekomst doorgemaakt. Dit alles in het volle besef dat mij partijdigheid kan worden nagedragen, hoezeer ik inmiddels ook alle notariële functies achter mij heb gelaten en zelf meen daar nu wel met enige distantie over te kunnen schrijven. Met enige schroom verwijs ik toch naar Spinoza, waarbij het er bij die filosoof/schrijver om gaat 'de menselijke en maatschappelijke verhoudingen zonder vooringenomenheid te bestuderen, mij er niet vrolijk over te maken, noch daarover te rouwen of ze te verachten, maar enkel ze te begrijpen'.¹ De gedachten en geschriften van Spinoza zijn van een volstrekt andere en veel hogere orde, maar het nastreven van die objectiviteit is ook mijn oprechte bedoeling.

Tegelijkertijd meen ik ook dat er maar heel weinig mensen zijn die zich echt volstrekt objectief aan de beschrijving van de desbetreffende perioden en onderwerpen zouden kunnen wijden. Iedereen heeft er wel een mening over en die meningen verschillen flink. Juristen, economen, overheden, consumentenorganisaties, belendende beroepsgroepen, beheerders van sites als www.degoedkoopstenotaris.nl, allen hebben een mening en ook een belang. Zelfs in de opvolgende regeringskampen bestonden en bestaan nog steeds bloedgroepen, soms dwars door de partijen heen.

¹ Benedictus Spinoza, *De politieke verhandeling*, Amsterdam: Boom 1985, p. 42 en in een oudere vertaling: Benedictus Spinoza, *Staatkundig vertoog of verhandeling*, vertaald door W. Meijer, Amsterdam-S.L. van Looy, 1901, §4, p. 5.

De borging van de publieke belangen door middel van adequate regelgeving respectievelijk aanpassing en modernisering van de notariële regelgeving, althans in Nederland, heeft mij altijd geïnteresseerd. Dat komt met name, doordat ik ervoer dat bepaalde regelingen in de oude Notariswet, die grotendeels stelde op de nog oudere Ventôsewet², door de tijd en de ontwikkelingen achterhaald waren en echt aan vernieuwing toe waren. Veel is in de jaren negentig van de vorige eeuw aangepakt. Andere zaken zijn bij de correctieve wetsvoorstellen van eind 2009 alsnog aan de orde gekomen. Weer andere zaken zullen in dit boek aanvullend aan de orde worden gesteld of blijven hier onbesproken omdat ik het van minder belang heb geacht. Mijn gedachten omtrent aanpassingen kunnen variërend zowel in- als ontstemming met zich brengen. Mijn bedoeling is de discussie verder aan te wakkeren en van brandstof te voorzien.

Ook belangstelling voor de formele plaats van het notariaat in met name de Europese vrij verkeers- en mededingingsregels en de wens inzicht te krijgen in de regelgeving van andere Europese notariaten vormden aanleiding tot nader onderzoek en verslaggeving daarvan.

Velen zijn in de loop van het werken aan dit boek behulpzaam geweest. Klaus Woschnak, destijds CNUE-voorzitter, heeft de landen aangemoedigd mijn vragenlijst te beantwoorden. Geert Lekkerkerker, Helmut Fessler, Luc Weyts, Michiel van Seggelen en Frank Molitor hebben de vragenlijsten voor hun landen beantwoord, terwijl Franz Hagemann, Aart Heering en Maria de los Eeyes Sánchez Moreno en haar echtgenoot Erik de Haan zo vriendelijk waren de Duitse, Franse, respectievelijk Spaanse verslagen nog eens kritisch op hun juistheid te beoordelen en waar nodig aan te vullen. De KNB in de persoon van verschillende medewerkers, heeft mij een en andermaal voorzien van, voor mij niet meer zo toegankelijke, informatie. Ook heeft zij mij geholpen met een laatste contact met ontbrekende CNUE-landen, resulterend in het alsnog beantwoorden van de vragenlijst door Slowakije.

Pieter Kole en Jos de Gruiter waren klankborden van buiten de wetenschap. Daarbinnen zijn het vanzelfsprekend vooral mijn beide promotores Leon Verstappen en Hans Vedder die met niet aflatend geduld mijn pennenvruchten van kritische noten voorzagen. Geweldig zoveel als zij mij hebben geleerd, maar ook afgeleerd. Het was een voorrecht met hen over de materie te hebben mogen overleggen. Het was niet alleen leerzaam, maar ook nog eens heel plezierig.

De leescommissie bestond uit de hoogleraren Johan van de Gronden (Radboud Nijmegen), Boudewijn Waaijer (UvA), Wilbert Kolkman (RUG) en wederom Luc Weyts (KULeuven) met daarnaast in speciale rol ook Aart van Velten (voorheen VU). Het is een eer dat deze hooggeleerden met hun onderling complementaire aandachtsgebieden bereid waren al die teksten kritisch door te nemen, van waardevolle glossen en hun goedkeuring te voorzien. Stephan Matyk, directeur van de

2 Loi Contenant organisation du notariat de 25 Ventôse (windmaand!) An XI (16 maart 1803).

Oostenrijkse notariële Europa-vestiging in Brussel, was altijd bereid om mij van de nieuwste ontwikkelingen in Brussel op de hoogte te houden.

Mijn Belgische collega Eric Deckers, die de Franse vertaling van de samenvatting op zich heeft genomen, wil ik noemen, evenals Berthy Schell, die de samenvatting in het Engels heeft vertaald.

Laat ik bovenal Paula, mijn echtgenote, niet vergeten, die geduld met me heeft gehad en zoals altijd mij heeft gestimuleerd en een en andermaal kritisch mijn teksten op oneffenheden heeft beoordeeld. Het was niet gezellig dat ik de studeerkamer veelvuldig boven haar gezelschap verkoos.

Natuurlijk noem ik mijn paranimfen Mariëtte en Dolf jr, mijn dochter en zoon, ook beiden notaris.

En dan waren er nog vele anderen die mij bijstonden of ten minste mij hun vriendschap niet ontzegden, hoewel ik me nu en dan aan evenementen onttrok.

Aan allen ben ik dank verschuldigd.

Zelf heb ik veel plezier beleefd aan het onderzoeken, schrijven en aan al die inspirerende contacten.

Dolf Plaggemars,
Enschede, april 2011

Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen	XXV
------------------------------	------------

Concordantietabel Europese Verdragen	XXVIII
---	---------------

1. Inleiding	1
---------------------	----------

1.1. Inleiding	1
1.1.1. Rechtsvragen	1
1.1.2. Vertrouwen, onzekerheid, instituten, <i>laissez faire</i>	1
1.1.3. De overheid houdt het verschaffen van rechtszekerheid aan zich	4
1.1.4. De mengvorm	5
1.2. Het notariaat in de markt: beroepsregels en marktwerking	6
1.2.1. Ambtenaar en koopman	6
1.2.2. Markt en rechtsorde op een kruispunt zonder voorrangsregels	7
1.3. Markt, overheid en instituten meer in het algemeen onderscheiden	14
1.3.1. De centraal geleide economie, ook wel planeconomie of communisme genoemd	14
1.3.2. De vrije markteconomie, ook wel het kapitalistische stelsel in zijn pure vorm	14
1.3.3. De instituteneconomie, de gemengde economie	16
1.4. De prestatie die van het notariaat verwacht wordt en de regelgeving die daarbij past	17
1.5. Tijd voor een nieuwe wet	17
1.6. Rechtsvragen	18

EERSTE LUIK	21
--------------------	-----------

2. Regels op het notarisambt van toepassing en de totstandkoming daarvan	23
---	-----------

2.1. Inleiding	23
2.2. De nationale wetgever	23
2.3. De KNB	24
2.3.1. De KNB en de notariële regelgeving	24
2.3.2. Goedkeuring van KNB-verordeningen door de minister van Justitie	25

2.3.3.	Verordeningen mogen niet onnodig de marktwerking beperken	29
2.3.4.	De verordeningen van de Nederlandse Orde van Advocaten en het repressieve toezicht door de minister van Justitie	30
2.4.	Het Mededingingsrecht als bron van regelgeving voor het notariaat	31
2.5.	De (tucht)rechter als regelgever voor het notariaat	33
2.6.	Resumé notariële regelgevers	37
3.	Het belang van vrijverkeersbepalingen en mededingingsregels voor de notaris	39
3.1.	Inleiding	39
3.2.	Het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie	40
3.3.	De Mededingingswet	44
3.4.	Beginnel van voorrang tussen het nationale en het Europese mededingingsrecht	46
3.5.	Marktwerking ook getoetst uit hoofde van de Wet op het notarisambt	47
3.6.	Een onderneming in de zin van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en de Mededingingswet	48
3.7.	Overheidsgezag en de Europese vrijverkeersregelingen	50
3.7.1.	Instanties die ondanks hun (quasi)publieke karakter <i>niet</i> geacht worden (gedelegeerd) overheidsgezag uit te oefenen	51
3.7.2.	Instanties die geacht worden wel met (gedelegeerd) overheidsgezag belast te zijn	52
3.7.3.	Overheidsprerogatieven	53
3.8.	Een karakterisering van het notariaat	54
3.9.	De notaris en (gedelegeerd) overheidsgezag	56
3.10.	Consequenties van het voorgaande op de toepasbaarheid van de vrijverkeersbepalingen in de artikelen 51 en 62 VWEU op de positie van de notaris	66
3.10.1.	De notaris en de vrijheid van dienstverlening	66
3.10.2.	De notaris en het nationaliteitsvereiste	66
3.11.	Excepties op de mededingingsbepalingen	70
3.11.1.	De notaris en de exceptie van de overheidsprerogatieven op de artikelen 101 en 102 VWEU en de artikelen 6 en 24 Mw	70
3.11.2.	De exceptie voor openbare ondernemingen ex artikel 106 lid 2 VWEU	79
3.11.3.	De exceptie van artikel 101 lid 3 VWEU en de notaris	91
3.11.4.	De exceptie van de <i>rule of reason</i>	96

3.11.5.	De Wouters-exceptie, de afweging met niet-economische factoren	98
3.11.6.	De exceptie in de leer van de inherente beperkingen	108
3.11.7.	Conclusie met betrekking tot en keuze voor Wouters	109
3.11.8.	Marktwerking voor de notaris buiten VWEU en Mw om en de rol van de overheid en de KNB	109
3.12.	Samenvatting van de in dit hoofdstuk 3 behandelde onderwerpen	110
3.12.1.	De notaris kan geacht worden deel te nemen aan het overheidsgezag, dat betekent ten aanzien van de vrijverkeersregelingen	110
3.12.2.	Voor het geval het Europese Hof van Justitie zou uitmaken dat de notaris toch geen overheidsgezag uitoefent	111
3.12.3.	De notaris oefent overheidsprerogatieven uit	112
3.12.4.	Excepties die alleen dan relevant zijn als de notaris toch een onderneming zou blijken uit te oefenen	112
3.12.5.	Specifiek voor Nederland: de regelgeving door de KNB met de goedkeuring van de minister van Justitie	113
4.	De positie van de notariële beroepsorganisaties in het mededingingsrecht	115
4.1.	Inleiding	115
4.2.	Het VWEU en het begrip ondernemersvereniging	116
4.3.	De Mw en het begrip ondernemersvereniging	118
4.4.	Karakterisering van de Nederlandse KNB	119
4.5.	De KNB en de ondernemersvereniging uit VWEU en Mw	121
4.5.1.	Ondernemersvereniging	121
4.5.2.	Overheidsprerogatieven, ondernemingen en ondernemersverenigingen	122
4.5.3.	Ondernemersvereniging, algemeen belang, overheidsparticipatie en <i>effet utile</i>	123
4.5.4.	De excepties voor de notarissen, geprojecteerd op de regelgeving door hun beroepsorganisatie	127
4.6.	Verhouding tussen het VWEU en de Mw	128
4.7.	Bevoegdheid inzake de handhaving en nakoming van mededingingsregels door notarissen	129
4.8.	Consequentie van het vorenstaande	130
4.9.	Marktwerking, afsluitend	131
4.9.1.	Marktwerking versus overheidsdienst	131
4.9.2.	Notaris voor eigen rekening en risico	132
4.9.3.	De publieke belangen rechtszekerheid en marktwerking gewogen	132

4.9.4.	Proportionaliteit en redelijkheid op de rotonde	132
4.9.5.	De beroepsorganisatie erbij betrekken, maar het laatste woord aan de nationale overheden en kijken over de grens	133
TWEDE LUIK		135
5.	Een beschrijving van de regulering van het notariaat in diverse EU-landen met een Latijns notariaat	137
5.1.	Inleiding	137
5.2.	Het notariaat in het Koninkrijk België	138
5.2.1.	Tarieven voor notariële diensten	138
5.2.2.	Toegang tot het ambt van notaris en <i>numerus clausus</i>	139
5.2.3.	Exclusieve bevoegdheden van de notaris	140
5.2.4.	Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen	140
5.2.5.	Publiciteit door een notaris	141
5.2.6.	Samenwerkingsverbanden van notarissen	141
5.2.7.	Rechtsvorm waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden	141
5.2.8.	Notariële regelgeving in formele zin	142
5.2.9.	Toezicht en tuchtrecht	142
5.2.10.	Overkoepelende organisatie van notarissen	142
5.2.11.	Aansprakelijkheid en verzekering	143
5.2.12.	Nascholing van notarissen	143
5.2.13.	Centrale Registers	144
5.2.14.	Lijdelijkheid, ministerieplicht van de notaris en full service	144
5.2.15.	Plaats van vestiging, standplaats	144
5.2.16.	Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding	145
5.2.17.	Oudedagsvoorziening en goodwill	145
5.2.18.	Het Notarieel Fonds	145
5.2.19.	Notaris in loondienst, toegevoegd notaris, geassocieerd notaris	146
5.3.	Het notariaat in de Bondsrepubliek Duitsland	146
5.3.1.	Tarieven voor notariële diensten	146
5.3.2.	Toegang tot het ambt van notaris en <i>numerus clausus</i>	148
5.3.3.	Exclusieve bevoegdheden van de notaris	149
5.3.4.	Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen	150
5.3.5.	Publiciteit door een notaris	150
5.3.6.	Samenwerkingsverbanden van notarissen	151

5.3.7.	Rechtsvorm waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden	152
5.3.8.	Notariële regelgeving in formele zin	152
5.3.9.	Toezicht en tuchtrecht	152
5.3.10.	Overkoepelende organisatie van notarissen	153
5.3.11.	Aansprakelijkheid en verzekering	154
5.3.12.	Nascholing van notarissen	155
5.3.13.	Centrale registers	155
5.3.14.	Lijdelijkheid, ministerieplicht van de notaris en full service	156
5.3.15.	Plaats van vestiging, standplaats	157
5.3.16.	Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding	157
5.3.17.	Executoriale titel	158
5.3.18.	Notaris in loondienst, deeltijdnotaris	158
5.3.19.	Het <i>Amtsnotariat</i>	158
5.3.20.	Oudedagsvoorziening en goodwill	159
5.3.21.	Algemeen	159
5.4.	Het notariaat in de Republiek Estland	160
5.4.1.	Tarieven voor notariële diensten	160
5.4.2.	Toegang tot het ambt van notaris en <i>numerus clausus</i>	160
5.4.3.	Exclusieve bevoegdheden van de notaris	161
5.4.4.	Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen	161
5.4.5.	Publiciteit door een notaris	161
5.4.6.	Samenwerkingsverbanden van notarissen	162
5.4.7.	Rechtsvorm waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden	162
5.4.8.	Notariële regelgeving in formele zin	162
5.4.9.	Toezicht en tuchtrecht	163
5.4.10.	Overkoepelende organisatie van notarissen	163
5.4.11.	Aansprakelijkheid en verzekering	164
5.4.12.	Nascholing van notarissen	165
5.4.13.	Centrale registers	165
5.4.14.	Lijdelijkheid en ministerieplicht van de notaris en full service	165
5.4.15.	Plaats van vestiging, standplaats	166
5.4.16.	Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding	166
5.4.17.	Executoriale titel	167
5.4.18.	Notaris in loondienst, deeltijdnotaris	167
5.4.19.	Oudedagsvoorziening en goodwill	167

5.4.20. Algemeen	167
5.5. Het notariaat in de Franse Republiek	168
5.5.1. Tarieven voor notariële diensten	168
5.5.2. Toegang tot het ambt van notaris en <i>numerus clausus</i>	169
5.5.3. Exclusieve bevoegdheden van de notaris	170
5.5.4. Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen	171
5.5.5. Publiciteit door een notaris	171
5.5.6. Samenwerkingsverbanden van notarissen	172
5.5.7. Rechtsvorm waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden	172
5.5.8. Notariële regelgeving in formele zin	173
5.5.9. Toezicht en tuchtrecht	173
5.5.10. Overkoepelende organisatie van notarissen	174
5.5.11. Aansprakelijkheid en verzekering	175
5.5.12. Nascholing van notarissen	175
5.5.13. Centrale registers	175
5.5.14. Lijdelijkheid, ministerieplicht en full service	176
5.5.15. Plaats van vestiging, standplaats	176
5.5.16. Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding	177
5.5.17. Executoriale titel	177
5.5.18. Notaris in loondienst, deeltijdnotaris	177
5.5.19. Oudedagsvoorziening en goodwill	177
5.5.20. Algemeen	178
5.6. Het notariaat in de Republiek Hongarije	179
5.6.1. Tarieven voor notariële diensten	179
5.6.2. Toegang tot het ambt van notaris en <i>numerus clausus</i>	180
5.6.3. Exclusieve bevoegdheden van de notaris	180
5.6.4. Publiciteit door een notaris	181
5.6.5. Samenwerkingsverbanden van een notaris	181
5.6.6. Notariële regelgeving in formele zin	181
5.6.7. Toezicht en tuchtrecht	182
5.6.8. Overkoepelende organisatie van notarissen	182
5.6.9. Executoriale titel	182
5.6.10. Ministerieplicht, full service	182
5.6.11. Algemeen	183
5.7. Het notariaat in de Italiaanse Republiek	183
5.7.1. Tarieven voor notariële diensten	183
5.7.2. Toegang tot het ambt van notaris, <i>numerus clausus</i>	183
5.7.3. Exclusieve bevoegdheden van de notaris	186

5.7.4.	Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen	187
5.7.5.	Publiciteit door een notaris	187
5.7.6.	Samenwerkingsverbanden, rechtsvormen waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden en interdisciplinaire samenwerking	187
5.7.7.	Notariële regelgeving in formele zin	188
5.7.8.	Toezicht en tuchtrecht	188
5.7.9.	Overkoepelende organisatie van notarissen	189
5.7.10.	Aansprakelijkheid en verzekering	191
5.7.11.	Nascholing van notarissen	192
5.7.12.	Centrale registers	193
5.7.13.	Lijdelijkheid, ministerieplicht en full service van de notaris	193
5.7.14.	Plaats van vestiging, standplaats	194
5.7.15.	Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding	194
5.7.16.	Executoriale titel	194
5.7.17.	Notaris in loondienst, deeltijdnotaris	194
5.7.18.	Oudedagsvoorziening en goodwill	194
5.7.19.	Algemeen	195
5.8.	Het notariaat in de Republiek Letland	195
5.8.1.	Tarieven voor notariële diensten	195
5.8.2.	<i>Numerus clausus</i> en toegang tot het ambt	195
5.8.3.	Publiciteit door een notaris	195
5.8.4.	Regelgeving in het algemeen	196
5.8.5.	Full service	196
5.8.6.	Algemeen	196
5.9.	Het notariaat in de Republiek Litouwen	196
5.9.1.	Tarieven voor notariële diensten	196
5.9.2.	Toegang tot het ambt van notaris en <i>numerus clausus</i>	197
5.9.3.	Exclusieve bevoegdheden van de notaris en de executoriale titel	198
5.9.4.	Publiciteit door een notaris	198
5.9.5.	Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen	199
5.9.6.	Ministerieplicht	199
5.9.7.	Samenwerkingsverbanden van notarissen	199
5.9.8.	Rechtsvorm waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden	199
5.9.9.	Notariële regelgeving in formele zin	200
5.9.10.	Toezicht en tuchtrecht	200

5.9.11. Overkoepelende organisatie van notarissen	201
5.9.12. Aansprakelijkheid en verzekering	202
5.9.13. Nascholing van notarissen	202
5.9.14. Centrale registers	203
5.9.15. Lijdelijkheid, (nogmaals) ministerieplicht van de notaris en full service	204
5.9.16. Plaats van vestiging, standplaats	205
5.9.17. Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding	205
5.9.18. Executoriale titel	206
5.9.19. Notaris in loondienst en deeltijdnotaris	206
5.9.20. Oudedagsvoorziening en goodwill	207
5.9.21. Algemeen	207
5.10. Het notariaat in het Groothertogdom Luxemburg	208
5.10.1. Tarieven voor notariële diensten	208
5.10.2. Toegang tot het ambt van notaris en <i>numerus clausus</i>	208
5.10.3. Exclusieve bevoegdheden van de notaris	210
5.10.4. Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen	210
5.10.5. Publiciteit door een notaris	210
5.10.6. Samenwerkingsverbanden van notarissen	211
5.10.7. Rechtsvorm waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden	211
5.10.8. Notariële regelgeving in algemene zin	212
5.10.9. Toezicht en tuchtrecht	212
5.10.10. Overkoepelende organisatie van notarissen	213
5.10.11. Aansprakelijkheid en verzekering	213
5.10.12. Nascholing van notarissen	213
5.10.13. Centrale registers	214
5.10.14. Lijdelijkheid, ministerieplicht van de notaris en full service	214
5.10.15. Plaats van vestiging, standplaats	214
5.10.16. Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding	215
5.10.17. Executoriale titel	215
5.10.18. Notaris in loondienst, deeltijdnotaris	215
5.10.19. Oudedagsvoorziening en goodwill	215
5.10.20. Algemeen	216
5.11. Het notariaat in de Republiek Malta	216
5.11.1. Tarieven voor notariële diensten	216
5.11.2. Toegang tot het ambt van notaris en <i>numerus clausus</i>	217
5.11.3. Exclusieve bevoegdheden van de notaris	218

5.11.4. Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen	219
5.11.5. Publiciteit door een notaris	220
5.11.6. Samenwerkingsverbanden van notarissen	220
5.11.7. Rechtsvorm waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden	220
5.11.8. Notariële regelgeving in formele zin	221
5.11.9. Toezicht en tuchtrecht	221
5.11.10. Overkoepelende organisatie van notarissen	222
5.11.11. Aansprakelijkheid en verzekering	222
5.11.12. Nascholing van notarissen	223
5.11.13. Centrale registers	223
5.11.14. Lijdelijkheid, ministerieplicht van de notaris en full service	224
5.11.15. Plaats van vestiging, standplaats	225
5.11.16. Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding	225
5.11.17. Executoriale titel	225
5.11.18. Notaris in loondienst, deeltijdnotaris	226
5.11.19. Oudedagsvoorziening en goodwill	226
5.11.20. Algemeen	226
5.12. Het notariaat in het Koninkrijk der Nederlanden	226
5.12.1. Tarieven voor notariële diensten	226
5.12.2. Toegang tot het ambt van notaris	227
5.12.3. Exclusieve bevoegdheden van de notaris	228
5.12.4. Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen	229
5.12.5. Publiciteit door een notaris	229
5.12.6. Samenwerkingsverbanden, rechtsvormen waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden en interdisciplinaire samenwerking	230
5.12.7. Notariële regelgeving in formele zin	231
5.12.8. Toezicht en tuchtrecht	231
5.12.9. Overkoepelende organisatie van notarissen	232
5.12.10. Aansprakelijkheid en verzekering	233
5.12.11. Nascholing van notarissen	234
5.12.12. Centrale registers	234
5.12.13. Lijdelijkheid, ministerieplicht en full service van de notaris	234
5.12.14. Plaats van vestiging, standplaats	235
5.12.15. Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding	236

5.12.16. Executoriale titel	236
5.12.17. Notaris in loondienst, deeltijdnotaris	236
5.12.18. Oudedagsvoorziening en goodwill	237
5.12.19. Algemeen	237
5.13. Het notariaat in de Republiek Oostenrijk	238
5.13.1. Tarieven voor notariële diensten	238
5.13.2. Toegang tot het ambt van notaris en <i>numerus clausus</i>	239
5.13.3. Exclusieve bevoegdheden van de notaris	240
5.13.4. Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen	241
5.13.5. Publiciteit door een notaris	242
5.13.6. Samenwerkingsverbanden van notarissen	242
5.13.7. Rechtsvorm waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden	242
5.13.8. Notariële regelgeving in formele zin	242
5.13.9. Toezicht en tuchtrecht	243
5.13.10. Overkoepelende organisatie van notarissen	243
5.13.11. Aansprakelijkheid en verzekering	245
5.13.12. Nascholing van notarissen	246
5.13.13. Centrale registers	246
5.13.14. Lijdelijkheid, ministerieplicht en full service	247
5.13.15. Plaats van vestiging	248
5.13.16. Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding	248
5.13.17. Executoriale titel	250
5.13.18. Notaris in loondienst, deeltijdnotaris	251
5.13.19. Oudedagsvoorziening en goodwill	251
5.13.20. Algemeen	251
5.14. Het notariaat in de Republiek Polen	251
5.14.1. Tarieven voor notariële diensten	251
5.14.2. Toegang tot het ambt van notaris en <i>numerus clausus</i>	252
5.14.3. Exclusieve bevoegdheden van de notaris	252
5.14.4. Publiciteit door een notaris	252
5.14.5. Samenwerkingsverbanden van notarissen	253
5.14.6. Notariële regelgeving in formele zin	253
5.14.7. Full service	253
5.14.8. Algemeen	253
5.15. De Republiek Slowakije	254
5.15.1. Tarieven voor notariële diensten	254
5.15.2. Toegang tot het ambt van notaris en <i>numerus clausus</i>	254
5.15.3. Exclusieve bevoegdheden van de notaris	255

5.15.4. Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen	256
5.15.5. Publiciteit door een notaris	256
5.15.6. Samenwerkingsverbanden van notarissen	256
5.15.7. Rechtsvorm waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden	257
5.15.8. Notariële regelgeving in formele zin	257
5.15.9. Toezicht en tuchtrecht	257
5.15.10. Overkoepelende organisatie van notarissen	258
5.15.11. Aansprakelijkheid en verzekering	258
5.15.12. Nascholing van notarissen	258
5.15.13. Centrale registers	259
5.15.14. Lijdelijkheid, ministerieplicht van de notaris en full service	259
5.15.15. Plaats van vestiging, standplaats	260
5.15.16. Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding	260
5.15.17. Executoriale titel	260
5.15.18. Notaris in loondienst, deeltijdnotaris	261
5.15.19. Oudedagsvoorziening en goodwill	261
5.15.20. Algemeen	261
5.16. Het notariaat in het Koninkrijk Spanje	261
5.16.1. Tarieven voor notariële diensten	261
5.16.2. Toegang tot het ambt van notaris en <i>numerus clausus</i>	262
5.16.3. Exclusieve bevoegdheden van de notaris	263
5.16.4. Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen	264
5.16.5. Publiciteit door een notaris	265
5.16.6. Samenwerkingsverbanden van notarissen	265
5.16.7. Rechtsvorm waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden	265
5.16.8. Notariële regelgeving in formele zin	265
5.16.9. Toezicht en tuchtrecht	266
5.16.10. Overkoepelende organisatie van notarissen	266
5.16.11. Aansprakelijkheid en verzekering	266
5.16.12. Nascholing van notarissen	267
5.16.13. Centrale registers	267
5.16.14. Lijdelijkheid, ministerieplicht van de notaris en full service	267
5.16.15. Plaats van vestiging, standplaats	268
5.16.16. Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding	268

5.16.17. Notaris in loondienst, deeltijdnotaris	269
5.16.18. Oudedagsvoorziening en goodwill	269
5.16.19. Algemeen	269
5.17. De Tsjechische Republiek	270
5.17.1. Tarieven voor notariële diensten	270
5.17.2. Toegang tot het ambt van notaris en <i>numerus clausus</i>	270
5.17.3. Exclusieve bevoegdheden van de notaris	271
5.17.4. Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen	272
5.17.5. Publiciteit door een notaris	272
5.17.6. Samenwerkingsverbanden van notarissen	273
5.17.7. Rechtsvorm waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden	273
5.17.8. Notariële regelgeving in formele zin	273
5.17.9. Toezicht en tuchtrecht	274
5.17.10. Overkoepelende organisatie van notarissen	274
5.17.11. Aansprakelijkheid en verzekering	275
5.17.12. Nascholing van notarissen	275
5.17.13. Centrale registers	275
5.17.14. Lijdelijkheid, ministerieplicht van de notaris en full service	276
5.17.15. Plaats van vestiging, standplaats	276
5.17.16. Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding	277
5.17.17. Executoriale titel	277
5.17.18. Notaris in loondienst, deeltijdnotaris	278
5.17.19. Oudedagsvoorziening en goodwill	278
5.17.20. Algemeen	278
5.18. Het notariaat in Roemenië	278
5.18.1. Tarieven voor notariële diensten	278
5.18.2. <i>Numerus clausus</i>	279
5.18.3. Exclusieve bevoegdheden van de notaris	279
5.18.4. Publiciteit door een notaris	280
5.18.5. Samenwerkingsverbanden van notarissen en de rechtsvorm waarbinnen dat mag	280
5.18.6. Notariële regelgeving in algemene zin	280
5.18.7. Full service	281

6. Een vergelijking en samenvatting van de omschreven reguleringen van het notariaat in de beschreven EU-landen	283
6.1. Tarieven voor notariële diensten	283
6.1.1. In schema weergegeven	283
6.1.2. Enige kanttekeningen bij de tariefregelingen	284
6.2. Toegang tot het ambt van notaris	285
6.2.1. In schema weergegeven	285
6.2.2. Enige kanttekeningen bij de toetredingseisen	285
6.3. Exclusieve bevoegdheden van de notaris	288
6.3.1. In schema weergegeven	288
6.3.2. Enige kanttekeningen bij de exclusieve bevoegdheden	288
6.4. Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen	290
6.4.1. Enige kanttekeningen	290
6.5. Publiciteit door een notaris	291
6.5.1. In schema weergegeven	291
6.5.2. Enige kanttekeningen bij publiciteit	291
6.6. Samenwerkingsverbanden met andere notarissen respectievelijk andere professionals	293
6.6.1. In schema weergegeven	293
6.6.2. Enige kanttekeningen bij de samenwerking	293
6.7. Rechtsvorm waarbinnen een notariskantoor mag worden uitgeoefend	294
6.7.1. In schema weergegeven	294
6.7.2. Enige kanttekeningen bij de rechtsvorm	295
6.8. Notariële regelgeving in formele zin	295
6.8.1. In schema weergegeven	295
6.8.2. Enige kanttekeningen bij de notariële wetgeving in formele zin	296
6.9. Toezicht en tuchtrecht	296
6.9.1. In schema weergegeven	296
6.9.2. Enige kanttekeningen bij toezicht en tuchtrecht	297
6.10. Overkoepelende organisatie van notarissen	298
6.10.1. In schema weergegeven	298
6.10.2. Enige kanttekeningen bij de overkoepelende organisaties van notarissen	298
6.11. Aansprakelijkheid en verzekering	299
6.11.1. In schema weergegeven	299
6.11.2. Enige kanttekeningen bij aansprakelijkheid en verzekering	300

6.12. Nascholing	301
6.12.1. In schema weergegeven	301
6.13. Centrale registers	301
6.13.1. In schema weergegeven	301
6.13.2. Enige kanttekeningen bij de centrale registers	302
6.14. Lijdelijkheid, ministerieplicht en full service	303
6.14.1. In schema weergegeven	303
6.14.2. Enige kanttekeningen bij de lijdelijkheid, ministerieplicht en full service	303
6.15. Plaats van vestiging/standplaats van een notaris	305
6.15.1. In schema weergegeven	305
6.15.2. Enige kanttekeningen bij de standplaats van een notaris	305
6.16. Het ambtsgeheim	306
6.16.1. In schema weergegeven	306
6.16.2. Enige kanttekeningen bij het ambtsgeheim	307
6.17. Oudedagsvoorziening en goodwill	307
6.17.1. In schema weergegeven	307
6.17.2. Enige kanttekeningen bij de oudedagsvoorziening en de goodwill	308
6.18. Notaris in loondienst, deeltijdnotaris en meer notarissen binnen één protocol	309
6.18.1. In schema weergegeven	309
6.18.2. Enige kanttekeningen bij de notaris in loondienst, in deeltijd en meer notarissen binnen één protocol	309
6.19. Slotwoord en enige conclusies inzake de landenbeschrijvingen	310
 DERDE LUIK	 313
 7. De Wet op het notarisambt van 1999: evolutie, revolutie, evaluatie en correctie	 315
7.1. Inleiding	315
7.1.1. De situatie vóór 1999	315
7.2. Evolutie en voorspel	316
7.2.1. Via verschillende voorstellen naar een nieuwe Wna	316
7.2.2. De tijdgeest	318
7.2.3. Andere uitgangspunten voor een notariswet	320
7.3. De (fluwelen) Revolutie; de belangrijkste wijzigingen	321
7.3.1. Toegang tot het ambt van notaris en de <i>numerus clausus</i>	321
7.3.2. Ambtelijke werkzaamheden nu ook buiten de plaats van vestiging	323
7.3.3. De kwaliteitsrekening	324

7.3.4.	Interdisciplinaire samenwerking (IDS) ofwel samenwerking van notarissen met andere beroepsbeoefenaren	324
7.3.5.	Publiciteit	325
7.3.6.	KNB van vereniging naar PBO	325
7.3.7.	De tarieven vrij	327
7.3.8.	Overige veranderingen in de Wna 1999	328
7.3.9.	Exclusieve taken/monopolies onveranderd	329
7.3.10.	Effecten op marktwerking/borging van de notariële taak en proportionaliteit	330
7.3.11.	Resumé van de wijzigingen bij Wna 1999	334
7.4.	Evaluatie	335
7.4.1.	De ontwikkeling na de afschaffing van de <i>numerus clausus</i>	335
7.4.2.	De verlengde stage	338
7.4.3.	De ervaringen met het ondernemingsplan	338
7.4.4.	Ervaringen met het passeren buiten de plaats van vestiging	339
7.4.5.	Verhaalsmogelijkheden als de kwaliteitsrekening toch niet voldoet	340
7.4.6.	De ontwikkeling van de IDS na 1999	341
7.4.7.	De ontwikkeling van de verruiming van de publiciteitsmogelijkheden	346
7.4.8.	De KNB als Orde na 1999 en de NBVN	348
7.4.9.	De tariefontwikkeling na één oktober 1999	350
7.4.10.	Het buitenland over de Wna 1999	355
7.4.11.	Reacties in Nederland op de veranderingen	356
7.4.12.	De Monitorcommissie	358
7.4.13.	Instelling van de commissie-Hammerstein	359
7.5.	De correctie Wna 1999: wetsvoorstellen en verdere gewenste aanpassingen en voorstellen	371
7.5.1.	Inleiding	371
7.5.2.	De benoemingsvereisten	373
7.5.3.	Kwaliteits- en integriteitsbewaking	375
7.5.4.	Ministerieplicht, full service	381
7.5.5.	De toegevoegd notaris	392
7.5.6.	Wijziging van de Wet op het centraal testamentenregister	394
7.6.	Status van de kwaliteitsrekening als de bank faillieert	394
7.7.	Notariële tarieven	397
7.7.1.	Inleiding	397
7.7.2.	Verschillende opvattingen over tarieven binnen het notariaat	397

7.7.3.	Borging van kwaliteit noodzakelijk	400
7.7.4.	Tarieven	401
7.8.	De koopakte, een voortdurende discussie	409
7.8.1.	Meerderheid Tweede Kamer voor een verplichte notariële tussenkomst	409
7.8.2.	Ook de Eerste Kamer voor een notariële interventie	410
7.8.3.	Tegengaan van een overhaaste koopbeslissing	411
7.8.4.	De rol van de makelaar	412
7.8.5.	Ontwikkelingen na het moment waarop de bedenktijd werd ingevoerd	414
7.9.	Interdisciplinaire samenwerking	417
7.10.	Gerichtskommissar	418
7.11.	Naast het CTR mogelijk andere registers door KNB te initiëren en vervolgens te beheren	420
7.12.	Proportionaliteit/noodzakelijkheid van de correcties/aanpassingen	421
7.13.	Flankerende kwaliteitsbevorderende maatregelen	422
Aanbevelingen		425
Samenvatting		431
Sommaire		437
Summary		443
Lijst van geraadpleegde literatuur		449
Bijlage: Vragenlijst verzonden aan de 21 EU-lidstaten met een Latijns Notariaat		457

Lijst van afkortingen

ADP	A.D.Plaggemars
AG	Aktiengesellschaft (Duits recht)
A-G	Advocaat-generaal bij het HvJ EU
BFT	Bureau Financieel Toezicht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BNotK	BundesNotarKammer (Duitsland)
BNotO	Bundesnotarordnung (Duitsland)
Btw	belasting toegevoegde waarde
BV	besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
CNUE	Conseil des Notariats de l'Union Européenne
CPB	Centraal Planbureau
CRN	Conseils Regionaux des Notaires (Frankrijk)
C.R.T.	Centraal Register van Testamenten (België)
CSN	Conseil Supérieur du Notariat (Frankrijk)
CTR	Centraal Testamentenregister (Nederland)
DDR	Duitse Democratische Republiek
D-G	Directeur-generaal
EC	Europese Commissie
EEG-Verdrag	Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschappen sinds het Verdrag van Maastricht
EGKS	Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal
EP	Europees Parlement
EU	Europese Unie
EUV	Verdrag betreffende de Europese Unie
E.V.	Eingetragener Verein (Duitsland)
FATF	Financial Action Task Force against Money Laundering
Fed	Federal reserve system
Gerecht	Gerecht van Eerste Aanleg (van de Europese Unie)
GmbH	Gesellschaft mit Beschränkter Haftung (Duitsland)
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IDS	interdisciplinaire samenwerking
I/M	Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht
IT	informatietechnologie
KB	Koninklijk Besluit
KNB	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

KVT	Kamer van Toezicht over de notarissen en kandidaat-notarissen
LLP	Limited Liability Partnership (Verenigd Koninkrijk)
LMV	Landelijke Makelaars Vereniging
LSV	Landelijke Specialisten Vereniging
LTL	Litouwse Litas (geldeenheid)
MJN	Mouvement Jeune Notariat (Frankrijk)
MvA	memorie van antwoord
MvT	memorie van toelichting
Mw	Mededingingswet van 22 mei 1997, Stb. 242, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 6 maart 2008, Stb. 95
NBVN	Nederlandse Branche Vereniging Notariaat
Nivra	Nederlands Instituut van Registeraccountants
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
NOvA	Nederlandse Orde van Advocaten
NV	naamloze vennootschap
NVM	Nederlandse Vereniging voor Makelaars
OCF	Centraal Instituut voor criminaliteitsbestrijding, onderdeel van het Spaanse notariaat
OMS	Orde van Medisch Specialisten
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
PBO	publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie
Rb.	arrondissementsrechtbank
RCC	Reclame Code Commissie
r.o.	rechtsoverweging
SBN	Stichting ter bevordering van de Notariële wetenschap
SCI	Société Civile Immobilière (Frankrijk)
SCP	Société Civile Professionnelle (Frankrijk)
S.E.	Europese vennootschap
SEJM	Pools parlement
SEL	Société d'Exercice Liberal (Frankrijk)
SER	Sociaal-Economische Raad
SEW	tijdschrift voor Europees en Economisch Recht
SRL	Società a responsabilità limitata (Italië)
Stcrt.	Staatscourant
UNIL	Union Internationale du Notariat
VBO	Vereniging Bemiddeling Onroerend Goed
VK	Verenigd Koninkrijk
VS	Verenigd Staten van Amerika
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
VZW	Vereniging zonder winstoogmerk (naar Belgisch recht)
Wna	Wet op het notarisambt
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Wwft	Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, op 1 augustus 2008 in werking getreden
ZBO	zelfstandig bestuursorgaan

Concordantietabel Europese Verdragen

Oude nummering van het Verdrag betreffende de Europese Unie	Nieuwe nummering van het Verdrag betreffende de Europese Unie
2	3
12	18
43	49
45	51
49	56
55	62
81	101
82	102
83	103
84	104
85	105
86	106
87	107
88	108

1. Inleiding

1.1. Inleiding

Er zal weinig discussie bestaan over de noodzaak van rechtszekerheid in het rechtsverkeer. Niet alleen partijen, maar ook het algemeen belang en de economische ontwikkeling zijn gebaat bij zekerheid in rechtsverhoudingen, met name bij het tot stand komen daarvan.

Maar hoe kan die zekerheid het beste worden verkregen?

1. Kan dat aan de markt worden overgelaten; kunnen partijen dat zelf wel regelen, al dan niet bijgestaan door adviseurs (*laisser faire*)?
2. Is het beter dat de overheid het aan zich houdt?
3. Of is er ook een mengvorm van die eerste twee, waarbij de overheid exclusief aan een bepaald soort professional het recht verleent om een en ander vast te leggen?

1.1.1. *Rechtsvragen*

De inleiding zal uitmonden in een aantal rechtsvragen. De hoofdonderwerpen van dit boek zijn onderverdeeld in wat ik 'luiken' noem. Het zijn drie luiken in totaal. Per luik zullen de daarbij behorende rechtsvragen worden beantwoord.

1.1.2. *Vertrouwen, onzekerheid, instituten, *laisser faire**

In de eerste methode wordt ervan uit gegaan dat de markt het wel regelt zoals het goed is.

Als men elkaar goed kent en er een groot wederzijds vertrouwen bestaat, dan is het minder nodig de totstandkoming en inhoud van de rechtsverhoudingen uitputtend te regelen. Francis Fukuyama verwijst in dit verband naar China, waar familiebedrijven groot zijn geworden zonder dat (eigendoms)rechten van familieleden waren zekergestellt, het onderlinge familievertrouwen stond daar wel borg voor.³ Er waren weinig regels en contracten nodig. Hij stelt daar tegenover dat de partijen die elkaar niet vertrouwen uitsluitend veilig zaken kunnen doen in een systeem van wetten, regels en contracten. De economische activiteiten brengen dan extra transactiekosten met zich mee, die nodig zijn om de rechten zeker te

3 Francis Fukuyama, *Trust (the social virtues and the creation of prosperity)*, Free Press Paperbacks 1996, p. 64.

stellen.⁴ Hoe groter het wederzijdse vertrouwen, hoe minder men geneigd zal zijn verhoudingen uitputtend te regelen en hoe lager ook de transactiekosten kunnen zijn, terwijl het tegendeel geldt bij een laag vertrouwen.⁵ Wil economische groei echt doorzetten, dan zal de groei het niveau van de familiebedrijven moeten overstijgen, het vertrouwen zal (moeten) afnemen en om dat te compenseren zullen er goede wetten, contracten en instituten⁶ (zoals het notariaat) moeten komen.

Douglas North, Nobelprijswinnaar in 1993, verklaart de betekenis van instituten⁷ als volgt: door het creëren van een stabiele ordening van het rechtsverkeer moet de onzekerheid van het handelen tussen mensen worden verminderd. Opportunisme moet daarmee worden beperkt en transactiekosten verlaagd. Voor economiehistorici geldt het als een centraal thema voor de ontwikkeling van de moderne handel dat de te goeder trouw verworven eigendom van een redelijke koper beschermd wordt, in die zin dat de koopovereenkomsten in officiële akten worden vastgelegd.⁸ De notariële akte voldoet, met al haar zekerheidskenmerken, aan die omschrijving.

Zo heeft ook de economisch/juridische ontwikkeling in China plaatsgevonden. De enorme economische groei ging vooraf aan een forse inhaalslag van wetgeving, de instelling van instituten en de behoefte aan contracten. In 2003 trad de Volksrepubliek China, met circa 20.000 notarissen, toe tot de *Union Internationale du Notariat* (UINL). Aan het slot van de toetredingsonderhandelingen in Shanghai met vertegenwoordigers van de UINL⁹ benadrukte de Chinese minister van Economische Ontwikkeling tijdens het destijds gelijktijdig gehouden congres 'Het notariaat en de economische ontwikkeling'¹⁰ het belang van het notariaat voor de verdere groei van de Chinese economie.¹¹ Fukuyama constateert, ook in navolging van Max Weber,¹² dat de groei van een goed systeem van regels en wetten essentieel is voor de groei van de moderne economie. North voegt daar de instelling van

4 Idem, p. 27.

5 Idem, p. 28.

6 D.C. North: *Institutionen, Institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung*, (Duitse uitgave), 1992, p. 3/43 en 44.

7 Maar zelfs de geestelijke vader van de vrijemarkteconomie Adam Smith stelde al in zijn beroemde werk *Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, dat er drie onderwerpen waren voor de overheid om te regelen en dat betrof als derde: erecting and maintaining certain public Works and certain public institutions. Zie ook: John Cassidy, *How markets fail*, 2009, p. 34.

8 D.C. North, *Institutionen, Institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung* (Duitse uitgave), 1992, p. 153.

9 De in 1948 in Buenos Aires opgerichte *Union Internationale du Notariat Latin*, kortweg UINL. De benaming UINL wordt nog steeds, als afkorting, gevoerd. In de volledige naam is echter het woord Latin weggelaten. Kennelijk spreekt de term inmiddels genoeg voor zich en is men minder beducht voor verwarring met de Britse notary.

10 15-18 januari 2003, Shanghai.

11 www.Onpi.org.ar.

12 Francis Fukuyama, *Trust (the social virtues and the creation of prosperity)*, Free Press Paperbacks 1996, p.222.

instituten aan toe. Eigendomsrechten, contracten en een evenwichtig rechtssysteem waren bepalend voor de economische groei in het Westen. Dit rechtssysteem kwam allengs in de plaats van het oorspronkelijke vertrouwen.¹³ Ook Schwitters geeft aan dat door moderniseringsprocessen als industrialisering en specialisatie kleinschalige en op persoonlijke bekendheid gefundeerde banden in betekenis zijn afgenomen. De gedachte dat de betekenis van het recht toeneemt naarmate de dichtheid van de sociale relaties afneemt, is samengevat in de *relational distance*-theorie.¹⁴ En dat is dan precies wat Weber gesignaleerd heeft: dat het recht voor mensen een berekenbare omgeving schept, waarop zij hun handelen (doelrationeel) kunnen afstemmen. Bovendien constateert Kwak dat professionalisme steeds minder aan vertrouwen en steeds meer aan deskundigheid wordt gekoppeld.¹⁵

Conclusie is dat een gecompliceerde samenleving, zeker zoals die zich in de geïndustrialiseerde landen voor doet, een toenemende behoefte heeft aan rechtszekerheid. In die zekerheid kan worden voorzien door regels, wetten, contracten en deskundige begeleiding. Daarmee zal ook met het uitgebreider/ingewikkelder worden van de rechtssystemen een toenemende behoefte ontstaan aan bijstand door juridische experts.

Met het afnemen van het vertrouwen groeit de regeldichtheid en zal er ook steeds minder neiging bij contractspartijen bestaan om het zelf te regelen. Bovendien is de mondigheid van de burger toegenomen, is zijn gemiddelde opleiding hoger, heeft hij gemakkelijker toegang tot allerlei informatiebronnen en weet hij beter wat er ook fout kan gaan. Daarmee is de behoefte aan het vastleggen van afspraken en aan juridische bijstand toegenomen.

De conclusie is steeds meer gerechtvaardigd dat rechtszekerheid een belang is, voor individuele personen en bedrijven, maar ook voor de samenleving als geheel. De economische groei is mede van dat (publieke) belang afhankelijk.

Uit het hierna te presenteren onderzoeksresultaat naar het notariaat in zeventien lidstaten van Europese Unie (EU) blijkt dat weliswaar al die landen een Latijns notariaat kennen, maar dat er toch ook veel rechtshandelingen aan partijen (burgers, bedrijven, rechtspersonen en overheden) zelf ter regeling/vastlegging worden overgelaten. Zo zijn de testamenten in veel landen (en niet de minste, bijvoorbeeld: Frankrijk, België en Duitsland) overgelaten aan betrokkenen zelf. Overdrachten van en hypotheek op vastgoed zijn onder meer in Oostenrijk vormvrij. Datzelfde geldt voor de oprichting van vennootschappen en de overdracht van aandelen in Frankrijk. En de voormalige Oostbloklanden hebben dan wel het

13 Francis Fukuyama, *Trust (the social virtues and the creation of prosperity)*, Free Press Paperbacks 1996, p. 222 en 223.

14 R.J.S. Schwitters, *Recht en samenleving in verandering*, 2e druk, 2008, p. 8.

15 A.J. Kwak, *Van notabele naar expert, over het veranderde juristenbeeld*, *Sociologische gids* (48), 2001-1, p. 85-101.

Instituut Latijns Notariaat ingesteld, maar ze zijn (nog) zuinig met het toekennen van exclusieve bevoegdheden aan hun notarissen.

1.1.3. *De overheid houdt het verschaffen van rechtszekerheid aan zich*

In de tweede methode houdt de overheid voor een groot deel ook het verschaffen van rechtszekerheid aan zich. De rechterlijke macht, staande en zittende magistratuur, staan alle op de loonlijst van de overheid. De overheid zorgt voor een juridisch kader en wetten, stelt ook publieke en private instanties in die voor verdere regelgeving en ordening zorgen. Moet de rol van de overheid beperkt blijven tot een wetgever die de samenleving ordent en tot een justitie die enkel intervenieert om de orde te herstellen als deze wordt verstoord?

Eric Deckers vraagt zich daarover af of de overheid slechts een curatieve justitie moet instellen of dat er van de Staat een meer actieve rol bij de rechtshandhaving mag worden verwacht bij de ordehandhaving, de wettoepassing en zelfs bij de instandhouding van waarden als gelijkwaardigheid en billijkheid. Moet de Staat wel of niet een deel van die taak uitbesteden? Moet de Staat een ambt creëren – zoals het notariaat – om de preventieve justitie te waarborgen?¹⁶ Hij stelt verder hoezeer het notariaat, als openbaar ambt dat de preventieve justitie belichaamt, afhankelijk is van een politieke keuze. De keuze van de wetgever voor een louter curatieve justitie dan wel voor een curatieve en een preventieve justitie en in het laatste geval, de omvang van de taken die de wetgever aan het openbare ambt van de preventieve justitie toekent, zullen bepalend zijn voor het al dan niet bestaan van het notariële ambt, respectievelijk voor zijn zwakte of invloed.

De Franse Revolutie heeft overheden en met hen de grote en ongebreidelde hoeveelheid van notarissen weggevaagd.¹⁷ Bij het herformuleren van de regels van het maatschappelijk leven heeft men er daarna voor gekozen het notariaat toch te behouden. Reeds in 1791 werd in die zin beslist en wel om twee redenen: de noodzaak van authenticatie en de noodzaak van advies.¹⁸ Gekozen werd niet langer voor het notariaat als machtsinstrument van de Staat, maar wel als een openbaar ambt dat de Staat ter beschikking van de burger stelt.¹⁹ De rechtszekerheid die

16 Eric Deckers, in: De vernieuwde Notarischwet, deel 2 Handboek van de organisatie van het notariaat, p. 4. Bedoeld is het Belgische notariaat.

17 Eric Deckers, in: De vernieuwde Notarischwet, deel 2 Handboek van de organisatie van het notariaat, p. 4.

18 Vergelijk anno 2010 de werkgroep II van de KNB, die constateert dat er naast de registratiefunctie, de toegevoegde waarde vooral ook zit in de adviesfunctie van de notaris, p. 7. En KNB-werkgroep 1 die hetzelfde constateert op p. 6.

19 Zie ook Le Chapelier, aangehaald door A. Moreau, in La fonction notariale 1788-1990, Perpignan, Socapress 1991.

door het Latijnse notariaat wordt verzorgd, is aldus onder strenge regelgeving geprivatiseerd.

Het notariaat zou zeker ook in overheidsdienst kunnen worden uitgeoefend. Van den Bergh en Montangie schrijven daarover dat er in overheidsdienst wellicht minder prikkel bestaat om efficiënt te werken, hetgeen zou kunnen leiden tot achterstanden in werk²⁰ en hogere kosten voor de overheid.²¹ Dat gegeven is ook niet vreemd aan het terugschakelen van staatsnotariaat naar de uitoefening van het ambt weliswaar in opdracht van de overheid, maar dan wel voor eigen rekening en risico van de desbetreffende notaris.

Van de 21 EU-landen met een Latijns notariaat, kent alleen Duitsland de staatsnotaris nu nog in een enkele deelstaat (Baden-Württemberg). In de voormalige Oostbloklanden is het staatsnotariaat in het begin van de jaren negentig, na de val van de muur, afgeschaft. Enige jaren geleden is het notariaat ook in Portugal²² geprivatiseerd.

1.1.4. *De mengvorm*

In de mengvorm worden de notarissen door de overheid onder strenge voorwaarden en regels benoemd en oefenen vervolgens het notariële ambt uit voor eigen rekening en risico. Ook het Nederlandse notariaat is in die zin vormgegeven. Die mengvorm van het Latijnse notariaat komt thans in 81 landen wereldwijd voor, waarvan 21 binnen de Europese Unie.²³ Een daarvan is Nederland.

De notaris is niet slechts een particuliere adviseur en ontwerper van akten, maar aan zijn akten verbindt de wet bijzondere rechtsgevolgen, zoals de executoriële kracht, de formele bewijskracht en het vermoeden van echtheid.

De overheid kent de notaris een aantal exclusieve bevoegdheden toe, zogenoemde monopolies, op het gebied van overeenkomsten/rechtshandelingen die uitsluitend in een notariële akte hun plaats mogen vinden. Per land verschillen aantal en soort van deze monopolies. Is dat toekennen van monopolies wel of

20 Zo ook het Duitse Land Baden-Württemberg dat notarissen in overheidsdienst kent. In Würtemberg waren er al naast de overheidsnotarissen, *Nur*- en *Anwalt*-notarissen. In Baden was dat niet het geval. Daar ontstonden ernstige achterstanden in de notariële dienstverlening, omdat de overheidsnotarissen daartoe niet meer in staat of niet bereid waren. Om die reden heeft de overheid besloten naast de notarissen in overheidsdienst, nieuwe standplaatsen voor *Nur*- en *Anwalt*-notarissen open te stellen. Deze gegevens zijn ontleend aan Schmid/Pinkel, *Hanse Law Review* (HanseLR), Vol. 3, Nr. 1, p. 10. Tegen die achtergrond was het ook niet vreemd dat een Dereguleringscommissie in 1991 de afschaffing van het 'Amtsnotariat' heeft aanbevolen (Deregulierungskommission Hrsg., *Markttöffnung und Wettbewerb*, Poeschel, Stuttgart, 1991). Daar is inmiddels ook toe besloten.

21 Theory and evidence on the regulation of the latin notary profession; A law and Economic Approach, 12 december 2007, p. 80.

22 Bij de Decretos-Lei (besluitwetten) van 21 april 2004.

23 Georganiseerd in de *Conseil des Notariats de l'Union Européenne*.

niet het overdragen van overheidsgezag²⁴ respectievelijk het toekennen van overheidsprerogatieven.²⁵ Dit is een belangrijke rechtsvraag, zeker ook in het kader van de vrijverkeersbepalingen en het mededingingsrecht, waarop in volgende hoofdstukken wordt teruggekomen.

1.2. Het notariaat in de markt: beroepsregels en marktwerking

De notaris bekleedt volgens artikel 2 Wet op het notarisambt (Wna) een ambt, maar oefent dat uit in de markt. Charivarius vond het de moeite waard aan het dubbele gezicht van de notaris een gedicht te wijden:

‘Hij is een amphibie. De helft is ambtenaar
De helft is handelsman=notaris bij mekaar
Als dienaar van de staat moet hij gebiedend kijken,
Als koopman moet hij zeer voorkomend zijn, of lijken.’²⁶

1.2.1. Ambtenaar en koopman

De notaris heeft volgens Charivarius in ieder geval iets van beide: zowel van de ambtenaar als van de koopman.

Zo oordeelt ook, vele jaren later, de Raad van State. De Raad van State bevestigt in zijn advies en nader rapport op de wijzigingsvoorstellen van de Wna in 2009,²⁷ dat de kernfunctie van de notaris het verschaffen van rechtszekerheid is en dat hij die vervult door het vastleggen in akten van uiteenlopende rechtsverhoudingen. De onpartijdigheid van de notaris wordt benadrukt en de Raad acht het van groot belang voor de samenleving dat de notaris deze rol kan blijven vervullen. Aan de persoon van de notaris mogen en moeten hoge eisen worden gesteld als het gaat om integriteit, onafhankelijkheid en bekwaamheid. De notaris bekleedt een publiek ambt, aldus nog steeds de Raad van State, en de notaris is tegelijkertijd professioneel dienstverlener die opereert op een markt. Die dubbele positie kan tot uitglidders leiden.

In hoeverre moet de markt dan gereguleerd zijn en in hoeverre moet/kan die vrij zijn? Kan de rechtszekerheid, voor de verschaffing waarvan de notaris is

24 Onder meer van belang bij de beantwoording van de vraag of het notariaat al dan niet valt onder de werking van artikel 51 VWEU.

25 Onder meer van belang bij de beantwoording van de vraag of de notaris wel of niet een onderneming in de zin van VWEU en MW vormt en daarmee of hij wel of niet onder de mededingingsregels van het verdrag respectievelijk de wet valt.

26 Dat zijn de eerste vier van in totaal ruim zeventig regels. Te vinden in: Ruize-rijmen, Haarlem, Tjeenk Willink en Van pennen en streken, 1986, Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap, samengesteld door E.M. van der Marck en P.H.M. Gerver.

27 Advies van de Raad van State en nader rapport, inzake wetsvoorstel 32 250, nr. 4, p. 1.

aangewezen, worden overgelaten aan een vrije markt of zijn de belangen van de samenleving bij die preventieve justitie zo groot dat (een zekere mate van) inperking van de vrije markt wenselijk lijkt? En als die belangen er zijn, in hoeverre is dan regulering gewenst? In welke mate staat de regel in een goede verhouding tot het doel waarvoor hij in het leven is geroepen? Is de regel wel proportioneel (geschikt, noodzakelijk, evenredig)? Of zijn er andere reguleringen (subsidiariteit, alternatieven) denkbaar waarmee hetzelfde doel bereikt wordt, maar die de markt mogelijk minder beperken? Met deze redelijkerwijze noodzakelijkheid zal ook rekening moeten worden gehouden. Is deze regeling er voor de samenleving of voor de beroepsbeoefenaar? Is een monopolie nog terecht of kan het beter vervallen? Of moeten er door nieuwe wetgeving en/of gewijzigde omstandigheden juist nieuwe monopolies bij komen?

1.2.2. *Markt en rechtsorde op een kruispunt zonder voorrangsregels*

Markt en rechtsorde behelzen elk een publiek belang, zoals er zoveel andere publieke belangen zijn, denk aan de rechtszekerheid, het milieu, het openbaar vervoer, het onderwijs, de zorg en de levering van energie. Ook publieke belangen kunnen met elkaar conflicteren. Van den Haak noemt de kruising van die belangen een kruispunt zonder voorrangsregels.²⁸ In deze voorrangsregels kan worden voorzien door onder meer de notariële tuchtrechter. Er moet immers voor iedere regeling omtrent welk belang wanneer voorrang heeft, duidelijkheid zijn/komen.

De afweging omtrent welk belang voorgaat respectievelijk (deels) moet wijken, is een subtiel proces. In de paragrafen 3.11.2 tot en met 3.11.7 zal worden behandeld welke methoden er zijn om te bepalen welk belang voorgaat: de rechtszekerheid of de marktwerking. Vraag daarbij is wie moet wegen, wie voldoende deskundig en objectief is om in redelijkheid tot een goede afweging te kunnen komen. In elk vakgebied en in ieder land zal dat proces op zijn eigen wijze plaatsvinden.

In het Tweede Luik zal gepoogd worden een bijdrage te leveren aan een inzicht in de notariële reguleringen in de zeventien onderzochte EU-landen. Dan zal ook duidelijk zijn in welke mate de verschillende notariaten aan marktwerking onderhevig zijn. Ook al hanteren de diverse landen dezelfde (Latijnse) uitgangspunten/criteria, dan nog kunnen de gevonden oplossingen in de vorm van regulering en de mate van marktwerking verschillen. Peter L. Murray, die in 2007 een vergelijkende studie uitvoerde naar de systemen van overdrachten van vastgoed in vijf lidstaten, kwam tot de conclusie dat een zekere mate van diversiteit in de juridische vastgoedpraktijk kan leiden tot een verbetering van algemene standaards, omdat de lidstaten van elkaar kunnen leren.²⁹ Mogelijk geeft de hierna te presenteren

28 Haak, H.F. van den, Notariaat in de steigers, 40e landelijk notarieel studentencongres, *Ars Notarius* 133, p. 22-25.

29 Murray, P.L., *Real Estate Conveyancing in vijf European Union Member States: A Comparative Study*, 31 augustus 2007, keyconclusions nr. 13.

inventarisatie van de notariële reguleringen in zeventien EU-lidstaten een aantal handvatten aan de overheden, notariële organisaties en mededingingsautoriteiten van de diverse landen om inderdaad van elkaar te leren. Maar dat is dan wel vrijblijvend. Een prikkel daartoe ontbreekt. De rol van de mededingingsautoriteiten in de afweging daarin staat ter discussie. Die zijn er primair voor de behartiging van het publieke belang van de concurrentie en dat kan ten koste gaan van de objectiviteit.

1.2.2.1. *De rechtsorde*

Volgens Pessers³⁰ is er een gestage verschuiving in het evenwicht tussen rechtsorde en economische orde en lijken productie en rendement exclusieve criteria te zijn geworden. Zij ziet zich een machtige economische structuur ontwikkelen.³¹ Ook concludeert zij dat het economisch dirigisme de normatieve architectuur van het recht dreigt te ondermijnen.

Anders gezegd, winnen volgens haar de economische sturingselementen het langzaam maar zeker van rechtszekerheid, rechtsbescherming en rechtspreventie. Een tendens waar een vorige minister van Justitie (Donner) niet blij mee was, zoals hij in februari 2006 liet optekenen tijdens een interview in het Notariaat Magazine: 'Onder mijn verantwoordelijkheid was geen marktwerking in het notariaat ingevoerd.' En hij vervolgt: 'Het primaire belang dat het notariaat dient en de regelgeving die met de beroepsgroep samenhangt, is het algemeen belang van de betrouwbaarheid van het rechtsverkeer. En dat wordt niet bevorderd door onderlinge concurrentie.'³² Vervolgens zegt Donner in zijn openingsrede van het congres Advocatuur en Notariaat tussen profijt en professie:³³ 'De markt is a good servant, but a bad master voor de vrije beroepen: het marktmechanisme is nu eenmaal geen methode om waarden als vertrouwen, onafhankelijkheid en integriteit zeker te stellen ...' En: 'De notaris oefent als openbaar ambtenaar een vorm van staatsmacht uit, in zoverre hij zekerheid schept op tal van terreinen die de juridische ordening van de samenleving in het hart raken.'

Bannier is van mening dat in het spanningsveld tussen de economische wereld en de rechtsstaat het primaat bij de rechtsstaat ligt. Hij komt tot die conclusie op basis van de hogere morele waarde.³⁴

Kalbfleisch betwist deze prioritering van de rechtsstaat ten nadele van de economische regelgeving en stelt dat het aan de politiek is om te bepalen

30 Pessers, D.W.J.M., Goede en kwade trouw in het openbaar bestuur, een voordracht voor de Raad voor het Openbaar Bestuur, gehouden in Den Haag op 12 september 2006, gepubliceerd in NRC Handelsblad 23 september 2006.

31 Bijvoorbeeld in Nederland de NMA en de AFM, in Europa de Europese Commissie en de Europese Bank, mondiaal de WTO en de Wereldbank.

32 Interview met de minister in het Notariaat Magazine van 24 februari 2006.

33 Op 3 juli 2006 in de Paleiskerk in Den Haag.

34 Bannier, voordracht tijdens het congres Advocatuur en notariaat: tussen profijt en professie, gehouden te Den Haag op 3 juli 2006, uitgave verslag, p. 26.

hoever de marktwerking gaat en onder welke voorwaarden dat moet gebeuren. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) is niet tegen zelfregulering, maar vindt wel dat die mededingingsproof moet zijn en dat het de taak van de NMa is om daar op te letten.³⁵

De (toenmalige) Nederlandse minister van Financiën Wouter Bos geeft in zijn Dr. J.M.den Uyl-lezing³⁶ blijk van enige zorg ter zake: ‘Deze filosofie kan ons ook helpen bij de werking van de markt in het publieke domein. In theorie kun je de markt in toom houden door randvoorwaarden te definiëren die het publiek belang moeten borgen. Maar los van het feit dat het heel moeilijk is om dat waterdicht te doen en het vaak tot hopeloos veel regels leidt, wordt de publieke sectorprofessional in zo’n constellatie primair op zijn marktmotivatie aangesproken en niet op zijn publieke dienstverleningsmotivatie.’

Ook H.J. Tjeenk Willink, vice-president van de Raad van State³⁷ bij de presentatie van het jaarverslag van de Raad van State op 8 april 2009, bepleit een nieuw evenwicht tussen Staat, markt en burgersamenleving. Bij de introductie van de marktwerking is, volgens hem, het algemeen belang op de achtergrond geraakt. Bij ondernemers vervaagt het besef van de publieke functie van hun onderneming. Als voorbeeld noemde hij het notariaat. Het is een algemeen belang dat de aktes bij koop en verkoop inhoudelijk van goede kwaliteit zijn. Dat blijkt pas na jaren, of helemaal nooit, aldus Tjeenk Willink.

De Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt meent dat het ondernemerschap van de notaris steeds moet zijn ingebed in waarborgen voor de goede uitvoering van zijn ambtelijke plichten. De toenmalige minister van Justitie vertolkte als kabinetsstandpunt dat de notariële dienstverlening een terrein is waar de onzichtbare hand van de markt niet altijd het hoogste goed realiseert.³⁸ Ook Van Damme en Schinkel constateren dat individuele belangen kunnen botsen en dat Adams Smith’s *invisible hand* niet in alle situaties goed werkt.³⁹ De markt kan ook falen. Een voorbeeld van marktfalen is dat de consument geen inzicht heeft, niet kan beoordelen en er geen transparantie is omtrent de kwaliteit van het geboden product. Dan bestaat het risico dat er voornamelijk op prijs wordt gekozen. Dat kan inhouden dat de kwaliteit uit de markt verdwijnt en er een *market for lemons* ontstaat. Als we marktwerking willen bevorderen, dan zal er gestreefd moeten worden naar een *perfect competition* en voor zover dat niet haalbaar blijkt, dan toch

35 Kalbfleisch, voorzitter van de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, tijdens het congres Advocatuur en Notariaat tussen profijt en professie, gehouden op 3 juli 2006 in de Paleiskerk te Den Haag, uitgave verslag, p. 35.

36 Bos, W., De derde weg voorbij, lezing op 25 januari 2010 in de Rode Hoed in Amsterdam, www.PvdA.nl.

37 Voor de niet-Nederlandse lezer: president van de Raad van State is H.M. Koningin Beatrix.

38 Kabinetsstandpunt op het rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het Notarisambt, 7 februari 2006, kenmerk 5378886/06/DTR.

39 Marktwerking en publieke belangen, preadviezen voor de koninklijke vereniging voor de staatshuishoudkunde 2009, www.kvsweb.nl, onder redactie van Van Damme, E. en Schinkel, M.P.

ten minste naar een *workable competition*. In het Derde Luik zullen voorstellen worden gedaan om de *market for lemons* in het notariaat te vermijden en een *workable competition* te creëren, want dat er competitie is in het notariaat van alle zeventien onderzochte lidstaten staat wel vast. Het is de mate van marktwerking die van land tot land en van onderwerp tot onderwerp verschilt. In alle landen wordt het notariaat voor eigen rekening en risico uitgeoefend en dat impliceert enige vorm van competitie en dus ook van marktwerking.

Workable competition is een vorm van mededinging (*competition*) die een goed functioneren van het marktmechanisme mogelijk maakt.⁴⁰ In de oorspronkelijke leer over de *workable competition* was het doel het scheppen van een economisch welvaartsoptimum. Als *the first best solution* werd beschouwd de allesomvattende concurrentie. Als *second best* gold het economische systeem dat bepaalde markt-onvolkomenheden toelaat of zelfs bewust erbij haalt. Er was en is geen sluitend, eenduidig en allesomvattend concept te geven voor wat een *workable competition* omvat. Het antwoord zal bij iedere afweging van de proportionaliteit verschillend (kunnen) zijn. In het Europees mededingingsrecht zal *workable competition* beoordeeld moeten worden in het kader van de doelstellingen van het Verdrag betreffende de Europese Unie (EUV). Welk gewicht moet mededinging krijgen, welke marktimperfecties zijn toelaatbaar⁴¹ of moeten er juist worden bijgehaald of worden vermeden? Hoe zwaar moeten die andere publieke belangen meewegen, zoals het streven naar rechtszekerheid? De uitkomst geeft de *workable competition* in iedere individuele casus.

1.2.2.2. De markt

In maart 2000 namen de staatshoofden en regeringsleiders van de EU in hun vergadering te Lissabon het besluit om ernaar te streven dat de Europese Unie in 2010 'de meest dynamische en concurrerende kenniseconomie van de wereld wordt, die in staat is tot duurzame economische groei met meer en betere banen en een hechtere sociale samenhang'.⁴²

Uit een rapport dat in opdracht van D-G Competition van de Europese Commissie (EC) werd geschreven door het IHS⁴³ bleek dat de vrije beroepen in een groot aantal lidstaten werden gekenmerkt door een aanzienlijke mate van concurrentiebeperkende reguleringen. Dat rapport was voor de Europese Commissie mede aanleiding om bevordering van de marktwerking in de vrije beroepen

40 Clark, J.M., Toward a concept of workable competition, The American Economic Review, band 30(2), p. 241-256, 1940.

41 Zo kunnen bijvoorbeeld selectieve distributiestelsels buiten de werking van artikel 101 VWEU vallen, vgl. zaak 75/84, Metro II.

42 Conclusie van het Voorzitterschap, Europese Raad van Lissabon, 23 en 24 maart 2000, DOC/00/8, par. 5.

43 Institute for Advanced Studies in Vienna (IHS): Economic Impact of regulation in the field of liberal professions in different member states; Regulation of professional services, January 2003.

hoog op de agenda te zetten. De EC noemt een tweetal rapporten met betrekking tot de concurrentie binnen de vrije beroepen.⁴⁴ Deze rapporten geven de zienswijze van de EC aan met betrekking tot de modernisering van de regels van de vrije beroepen. De Commissie geeft daarbij aan niet tegen alle regulering te zijn, maar dat er alleen maar dan beperkende regels zouden moeten zijn als die op een effectieve en proportionele wijze de belangen van consumenten bevorderen. Maar welke belangen? Gaat het er bijvoorbeeld bij de overdracht van onroerend goed om de transactiekosten zo laag mogelijk te houden en/of is het ook een consumentenbelang en publiek belang dat de rechtszekerheid geborgd wordt? Welk belang krijgt het meeste gewicht? *The eye of the spectator* zal altijd en overal van wellicht doorslaggevend belang zijn, ook bij de beoordeling van de proportionaliteit van de betreffende regel. Daarom blijft het zo belangrijk dat er op objectieve en deskundige wijze wordt gewogen.

Om marktwerking ook in de vrije beroepen te stimuleren wilde de toenmalige Eurocommissaris Concurrentie Kroes de dialoog zoeken met de advocatuur en het notariaat, welke beide beroepsgroepen door haar als speerpunten in het kader van stimulering van marktwerking naar voren worden geschoven.⁴⁵ Zij en haar opvolger Joaquin Almunia willen een aantal reguleringen ter discussie stellen, zoals met name de toetredingseisen, de reclameverboden, de *numerus clausus* en de tarieven. Ten aanzien van het notariaat heeft mevrouw Kroes daartoe een oriënterend gesprek gevoerd met onder meer de toenmalige voorzitter van het Europese Notariaat (de CNUE), de Oostenrijker Dr. Klaus Woschnak.

Het Europese directoraat-generaal Concurrentie en het directoraat-generaal Interne Markt spannen zich intussen voortdurend in om alsnog een concurrentieslag in de vrije beroepen op gang te brengen. In het kader van Lissabon 2010 hebben inmiddels vier EU-congressen plaatsgevonden,⁴⁶ congressen die door het directoraat-generaal Concurrentie van de EU zijn georganiseerd met als genodigden representanten van de mededingingsautoriteiten, de departementen van Economische Zaken en de beroepsgroepen uit alle EU-lidstaten. Al deze instanties spelen een belangrijke rol in de door de desbetreffende directoraten-generaal gewenste dereguleringslag respectievelijk de wellicht juistere benaming:

44 Report on Competition in Professional Services van 9 februari 2004, dat op 5 september 2005 werd gevolgd door 'Professional Services – Scope for more reform'.

45 Op de eerste en tweede plaats en onmiddellijk gevolgd door accountants, architecten, ingenieurs en farmaceuten, zie http://ec.europa.eu/competition/sectors/professional_services/overview_en.html, professional services, Overview, p. 1.

46 Finnish Presidency Conference, The Economic Case for Professional Services Reform, Brussels, 13 December 2006; UK Presidency Conference on Better Regulation of Professional Services, Brussels, 21 November 2005; European Competition Day, Luxembourg, 3 May 2005; Conference on the 'Regulation of Professional Services'. Brussels, 28 October 2003.

marktwerkingbevorderingsoperatie.⁴⁷ Volgens Verstappen sluiten marktwerking en deregulering elkaar immers uit.⁴⁸

De vrije beroepsgroepen moeten accepteren dat marktwerking nog steeds in meer of mindere mate op de nationale en de Europese agenda's staat en ook wel zal blijven staan. Bij de afweging van wie voorgaat op het kruispunt van publieke belangen zullen het belang van de consumentenwelvaart en de daarmee verband houdende overige publieke belangen daarbij bepalend behoren te zijn, niet de ideologie van de marktbevorderaars of het eigenbelang van de beroepsgroep. Zowel de markt, als de beroepsgroepen zijn het best gediend bij een verantwoord, deskundig en objectief vastgesteld evenwicht tussen markt en beroepsregulering.

1.2.2.3. *De afweging*

Ook van Damme en Schinkel⁴⁹ zijn van mening dat er vaak meer publieke belangen in het geding zijn die vrijwel altijd tegen elkaar afgewogen moeten worden. Maar veel belangen, hoe tegenstrijdig zij ook lijken te zijn, lopen toch ook vaak parallel. Zo heeft, zoals we zagen, een goede economische ontwikkeling alle belang bij rechtszekerheid in het rechtsverkeer.

Joseph Stiglitz geeft aan dat hem een herstel van het evenwicht tussen markt, Staat en burgermaatschappij voor ogen staat. Hij stelt dat die verhouding nu zwaar uit het lood ligt en dat wij daar met z'n allen een hoge prijs voor betalen.⁵⁰

De benadering van Zijderveld⁵¹ spitst de discussie toe op de positie van het notariaat en is beeldend en duidelijk als hij schrijft:

‘De notaris belichaamt, net als de rechter, de kern van het ethos van de democratische rechtsstaat: de onpartijdigheid en de verschillende functies van de notaris kunnen aldus zichtbaar worden gemaakt binnen de drie punten van onze democratische driehoek staat, maatschappij en markt. Als geen andere beroepsgroep staat het notariaat in het midden van deze driehoek en mag hij, wil hij goed functioneren, nooit in één van de drie opgaan. Als juridisch magistraat die boven de partijen staat, heeft de notaris een positie tussen staat en maatschappij, als zelfstandig ondernemer

47 Geeft vrije markt altijd minder regels? Van Waarden meent dat meer liberalisering, door alle daardoor noodzakelijke *checks and balances*, juist leidt tot minder vrijheid voor de vrije beroepen. Advocatuur en notariaat: tussen profijt en professie, verslag en uitkomsten van het congres over de vrije beroepen in de Paleiskerk te Den Haag.

48 Verstappen, L.C.A., Meer marktwerking in het notariaat? Een heilloze weg!, WPNR 2005, 6645, 3 december 2005, § 6.

49 Marktwerking en publieke belangen, preadviezen voor de koninklijke vereniging voor de staatshuishoudkunde 2009, p. 18.

50 Interview in de Volkskrant 6 februari 2010; Stiglitz, J., Nobelprijs economische wetenschappen in 2001, o.m. hoogleraar aan de Columbia University.

51 Zijderveld, A., Tussen staat, maatschappij en markt: Het notariaat als professie tussen ambt en onderneming, in: Notariswet Rechtszekerheid in een vrije markt, uitgave van de Stichting tot bevordering der notariële wetenschap, Amsterdam 1996.

bevindt hij zich tussen maatschappij en markt en als juridisch adviserende professional opereert hij tegelijk in alle drie velden.'

Van den Haak, tijdens het voormelde studentencongres: 'Zowel vrije prijsconcurrentie als zorgvuldige beroepsuitoefening dienen de belangen van de consument. Te verdedigen valt dat een voorrangskeuze (...) idealiter bepaald wordt door of voortvloeit uit een beroepsethische visie op de maatschappelijke functie van het notariaat.'⁵²

De afweging van belangen speelt in vrijwel alle sectoren van de samenleving. In de zorg, het openbaar vervoer, de postbezorging, de distributie van energie en in de vrije beroepen (naast notarissen bijvoorbeeld bij farmaceuten, advocaten, medici en architecten). In dit boek staat het notariaat centraal.

Er zijn verscheidene instrumenten die kunnen helpen bij een goede afweging van de verschillende belangen onder het mededingingsrecht, bijvoorbeeld artikel 106 lid 2 VWEU, de *rule of reason*,⁵³ artikel 101 lid 3 VWEU, de leer van de inherente beperkingen en de Wouters-doctrine. Hoe dan ook: ambt en markt vormen een spanningsveld, met in het notariaat een fragiel evenwicht tussen die beide en bij nieuwe regelingen zal met gebruikmaking van enig wegingsmechanisme in redelijkheid het evenwicht ten aanzien van die regel moeten worden bepaald.

Er zijn ook voor het notariaat meer specifieke vragen omtrent de mate van regulering. In hoeverre mag een notaris reclame maken? Zijn tarieven vrij of vast of zijn er minima en/of maxima? Welke monopolies zijn er, hoe kan men toetreden tot het ambt, mag men samenwerken binnen en buiten de notariële discipline, is de kwaliteit geborgd, is full service⁵⁴ nog van deze tijd, wat zijn redelijke toetredingseisen?

Wie bepaalt waar het evenwicht ligt, respectievelijk wie speelt een rol bij de beantwoording van deze vragen? Is dat de nationale rechter, het Europese Hof van Justitie, de wetgever, de Europese Commissie, de NMa, de KNB, de minister van Justitie en/of van Economische Zaken, de tuchtrechter⁵⁵ of ook (mede) de echte insider, de beroepsgroep. En hoe zit dat in een aantal andere landen? Waar ligt het evenwicht in andere EU-landen met een Latijns notariaat? Welke reguleringen van het notarisambt kennen die landen? Wie heeft invloed op en wie bepaalt

52 Haak, H.F. van den, Notariaat in de steigers, 40e landelijk notarieel studentencongres, *Ars Notarius* 133, p. 22-25.

53 Houdijk, J.C.A., Vrije Beroepen, deontologie en het mededingingsrecht – Hoeveel ruimte blijft er over voor beroepsregulering in advocatuur en notariaat?, *RM Themis* 2005-5, § 5, p. 9. De (Europese) *rule of reason* is een instrument dat zich goed leent voor het maken van een evenwichtige afweging tussen economische en niet-economische belangen. Kenmerkend is dat dit instrument een noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets bevat en dat er ruimte is om een niet-economisch belang in te vullen.

54 De verplichting van de notaris om alle gebruikelijke notariële diensten ook daadwerkelijk aan te bieden.

55 In hoogste instantie de Notariskamer aan het Hof Amsterdam.

het nationale wetgevingstraject buiten de regering: de wetenschap, de beroepsgroepen, consumentenorganisaties? En wie binnen de regering: het departement van Justitie of ook het ministerie van Economische Zaken?

1.3. Markt, overheid en instituten meer in het algemeen onderscheiden

Zoals hiervoor in paragraaf 1.1 de driedeling betreffende markt, overheid en instituten meer specifiek op het notariaat is geschreven, kan de driedeling ook op een algemener, meer macroniveau worden beschouwd. Wat de algemene economische politiek betreft, kunnen globaal ook drie hoofdstromingen worden aangegeven.

1.3.1. *De centraal geleide economie, ook wel planeconomie of communisme genoemd*

De centraal geleide economie noem ik de eerste stroming. In de geleide economie is alle kapitaal in handen van de Staat. De economie wordt op planmatige wijze bestuurd en marktwerking is in dat systeem ver te zoeken. Zo kende de voormalige Sovjet-Unie het ene na het andere topdown opgelegde vijfjarenplan, dat altijd met groot optimisme werd gelanceerd en eveneens altijd een tegenvallend resultaat opleverde. Het stelsel bestaat nu nog in de Republiek Cuba, de Volksrepubliek China en de Volksrepubliek Korea. China kent dit systeem nog als een van de twee parallelle systemen. In de Sovjet-Unie en alle voormalige satellietstaten in Oost- en Midden-Europa is dit communisme mislukt, hoe nobel een aantal doelstellingen in de kern ook mogen zijn. De utopie van de centraal geleide economie is, in die landen, tot een hard en abrupt einde gekomen. Het failleren van het centraal geleide economische systeem in Europa eind jaren tachtig van de vorige eeuw is aanleiding geweest tot een aanzienlijke opwaardering van het economische systeem van de vrije markt.

1.3.2. *De vrije markteconomie, ook wel het kapitalistische stelsel in zijn pure vorm*

De vrije markteconomie is de tweede stroming. Als grondlegger van dit model kan Adam Smith worden gezien. Hij ging ervan uit dat de mens van nature het eigen belang nastreeft. Er moeten zo weinig mogelijk regels worden gesteld, de markt moet zo veel mogelijk vrij zijn.⁵⁶ Alan Greenspan heeft altijd een groot geloof in het gelijk van Adam Smith uitgedragen en stelt dat onze ideeën over de heilzaamheid van concurrentie in essentie onveranderd zijn sinds de tijd van Smith en dat de geschiedenis van het kapitalisme en de concurrerende markt nog steeds

56 Smith, A., *The wealth of nations*, Books I-III, Harmondsworth: Penguin Books 1986.

het verhaal zijn van het wel en wee van de ideeën van Adam Smith.⁵⁷ Het heilige geloof in de vrije markt van Greenspan wordt helemaal duidelijk als hij schrijft: 'Individueen die concurreren om geldelijk voordeel, lijken te worden geleid door een onzichtbare hand ter wille van het algemene welzijn.'⁵⁸ In de jaren zeventig van de vorige eeuw werd deze theorie vanuit de Universiteit van Chicago sterk gepromoot. Friedrich von Hayek en Milton Friedman werden met Nobelprijzen geëerd vanwege hun marktbepleitende studies. Friedman stelt de onzichtbare hand van de markt expliciet tegenover de zichtbare hand van de overheidsbemoeienis.⁵⁹ De eerste is volgens Friedman vruchtbaar en de laatste is ruïneus en staat voor stagnatie. Bovendien, zo stelt hij, is het negatieve effect van overheidsbemoeienis pas op termijn zichtbaar.⁶⁰ Dat geldt ook voor de negatieve effecten van de marktwerking. Zo zullen ook de effecten van het vrijlaten van de notariële tarieven pas op langere termijn blijken. Hayeks grote verdienste is dat hij aantoonde dat een succesvolle planeconomie een utopie is, maar ook hij vergat aan te geven dat hetzelfde geldt voor de zelfregulerende markt.⁶¹ Knieper is van mening dat de kracht van de neoliberale economische beweging stellig ligt in het verwijderen van menige bureaucratische horde en vertragende routines. Maar gelijktijdig stelt hij dat de leer van de absolute vrije markt gevaarlijke kanten kent.⁶² Greenspan ziet die gevaarlijke kanten kennelijk niet als hij schrijft dat het vrije ondernemingsstelsel de enige werkelijke bescherming van de consument is tegen oneerlijke zakenlieden.⁶³ De beperkingen van de vrijemarkteconomie worden door velen van de Chicago school en Greenspan niet genoemd, terwijl zij zich bij voortduring beroepen op de onzichtbare hand van Adam Smith. Toch heeft Adam Smith zelf ook wel degelijk de beperkingen van zijn leer aangegeven. Dat blijkt uit de theorie die hij ontwikkelde over de rol van de overheid. Hij zag drie taken voor de overheid: nationale defensie, rechtspraak en het voorzien in en onderhouden van publieke diensten en instituties.⁶⁴ Bij de derde taak benadrukte Adam Smith dat het ging om een aantal belangrijke activiteiten die vaak niet door het profijtbeginnsel van de

57 Greenspan, A., Een turbulente tijd: Een leven in dienst van de economie, Amsterdam: Ambo 2007, p. 319-320.

58 Idem, p. 322.

59 Friedman, M., Capitalism and freedom, Chicago: Chicago University Press 2002, p. 202.

60 Friedman, M., Capitalism and Freedom, Chicago: University Press, p. 201.

61 Gray, J., Zwarte mis, Apocalyptische religie en de moderne utopieën, Amsterdam, Ambo 2007, p. 131.

62 Knieper, R., Eine ökonomische Analyse des Notariats, Vortrag beim Rheinische Notariat, 19 Juni 2010, p. 3.

63 Greenspan, A., bijdrage in de bundel van A. Rand, Kapitalisme: Het onbegrepen ideaal, Laren: Nova Press 1967, p. 135.

64 Zo heeft nota bene Smith ook gepleit voor een streng toezicht op banken: J. Cassidy, How markets Fail, Londen: Allan Lane 2009, p. 35. Toen en nog steeds kende en kent het Verenigd Koninkrijk geen Latijns notariaat. Maar de Latijnse notaris zou heel goed onder de categorie publieke diensten en instituties kunnen vallen.

markt konden worden georganiseerd.⁶⁵ In die derde taak valt ook op, dat destijds al instituten werden genoemd. Dat was eigenlijk de opmaat naar de volgende derde economische stroming.

1.3.3. *De instituteneconomie, de gemengde economie*

De instituteneconomie is de derde stroming. Evenals de micro-indeling in drie categoriën die ik in paragraaf 1.1 noemde, komen we op macroniveau ten slotte ook uit bij een mengvorm.

Ook bij de gemengde economie zijn de productiefactoren voornamelijk in handen van private partijen. De winsten en verliezen zijn voor de ondernemers zelf. Er is competitie op de markt en de rol van de overheid beperkt zich tot een aantal essentiële taken. Deze vorm is in alle westerse industrielanden gebruikelijk en vormt ook het tweede spoor in de parallelle economie van de Volksrepubliek China, naast de centraal geleide economie. Douglas North bepleit de toevoeging van instituten ter bevordering van een goede economische ontwikkeling. Tot de instituten behoren naast de gebruiken en de gewoonten, de door de Staat ingevoerde rechtssystemen. North acht bijvoorbeeld het ontbreken van een dergelijke goede instituteninfrastructuur een van de belangrijkste oorzaken van de stagnatie en de onderontwikkeling in de derde wereld.⁶⁶ Formele en informele instituten kunnen de problemen en nadelen van informatie-asymmetrie verminderen en vertrouwen verschaffen. Voor een goede organisatie van het rechtsverkeer zijn de instelling van een met bevoegdheden beklede derde, een samenstel van regels en een werkzame mogelijkheid tot het vorderen van een correcte nakoming van het afgesprokene onontbeerlijk.⁶⁷

En daarmee is de grote indeling in drie economische wereldsystemen toch weer terecht gekomen bij een in de *civil law*-landen gebruikelijk instituut, te weten het Latijnse notariaat. Een notariaat dat functioneert als een onafhankelijk, onpartijdig, voor eigen rekening en risico werkend, maar wel door de Staat als zodanig benoemd en wettelijk geregeld instituut. Een instituut aan welke bij wet verscheidene taken zijn opgedragen om als de onafhankelijke derde in het rechtsverkeer op te treden. Dan gaat het erom te bezien hoe de positie van de Latijnse notaris het beste kan worden vormgegeven. In de EU speelt de bevordering van de marktwerking een belangrijke rol, zeker ook ten aanzien van professies als het notariaat. Nederland is daar met de Wna 1999 in voorop gegaan.

65 Met dank aan Hans Achterhuis in: *De utopie van de vrije markt*, ISBN 978 90 477 0257 3, uitgave 2010, p. 180 en J. Cassidy, *How markets Fail*, Londen: Allan Lane 2009, p. 34.

66 North, D.C., *Institutionen, Institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung* (Duitse uitgave), 1992, p. 65.

67 Idem, p. 41-42.

1.4. De prestatie die van het notariaat verwacht wordt en de regelgeving die daarbij past

Ook Douglas North heeft een pleidooi gehouden voor een tussenpersoon die de rechtsbetrekkingen kan vastleggen en daardoor de onzekerheid in de menselijke interactie kan verminderen.⁶⁸

Als de overheid van het instituut notariaat verwacht dat het onkunde en onzekerheid elimineert, dan is het ook noodzakelijk de bij die wensen behorende regelingen vast te stellen. Het instituut notariaat vormt op zich, door zijn monopolies, een beperking van de vrije markt. Partijen kunnen niet iedere rechtsverhouding zelf vastleggen, maar zijn wettelijk verplicht daarvoor naar een notaris te gaan. De notaris moet zijn exclusieve bevoegdheden waarmaken, zodat hij bijdraagt aan het verminderen van de onzekerheid in de menselijke interactie.

1.5. Tijd voor een nieuwe wet

Voor mij begint het denken over andere notariële wegen die zouden moeten worden ingeslagen bij de dissertatie van Kok,⁶⁹ met een complete proeve van een nieuwe notariswet, maar ook bij de rapporten die vele andere commissies hebben uitgebracht over aanpassing van de notariële wetgeving.⁷⁰ Ik meen dat er terecht bedenkingen bij de oude wet werden gesteld, zoals bijvoorbeeld:

- helemaal fout dat de tarieven zo fors uit het lood waren geschoten. Enerzijds waren deze soms veel te laag (familiepraktijk), anderzijds soms veel te hoog (onroerendgoedpraktijk).
- waren toezicht en tuchtrecht nog wel adequaat en waren de toetredingscriteria van deze (die) tijd?
- cross-subsidie⁷¹ een waardevol fenomeen. Ook een goed middel om kadastrale vervuiling tegen te gaan doordat kleine belangen voor een laag tarief behandeld worden (ook bij het kadaster) en familierecht ook voor iedereen toegankelijk is.⁷²

68 North, D.C.: *Institutionen, Institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung* (Duitse uitgave), 1992, p. 44; Engelstalige oorspronkelijke uitgave: *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge: Cambridge University Press 1990.

69 G.Chr. Kok, *Het Nederlandse notariaat* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1971.

70 Bijv. de commissie-Luyten over een orde van het notariaat (1968), de commissie-Van de Poll over associaties (1968), de Commissie Verantwoordelijkheid Notaris (1986), de Commissie Toekomstige Positie Notariaat Nu naar het jaar 2000 en ten slotte de Proeve van een nieuwe notariswet van Smalbraak.

71 In het notariaat wordt de term cross-subsidie gebruikt, in het mededingingsrecht is de Nederlandse versie gebruikelijk kruissubsidie. Ook in het landenoverzicht wordt gesproken van 'cross-subsidie'.

72 Zie daarover ook al Verstappen, *Meer marktwerking in het notariaat? Een heilloze weg!*, WPNR 2005, 6645, 3 december 2005, § 1.

- verder werd het tijd dat er duidelijkheid kwam over interdisciplinaire samenwerking en over de full service. Was die nog wel gewenst? Zo ja dan moest er ook eindelijk een keer gehandhaafd worden.

Veel is in de jaren negentig van de vorige eeuw aangepakt, andere zaken zijn bij de correctie van 2010 alsnog aan de orde gekomen. Weer andere zaken zullen in dit boek aanvullend aan de orde worden gesteld of blijven onbesproken.

Op 3 mei 1994 bood de toenmalige staatssecretaris van Justitie Aad Kosto een Ontwerp van een Notariswet aan de Tweede Kamer aan. Terecht dat er eindelijk een nieuwe wet kwam, er moest zoveel worden aangepast. Het was ook goed dat er aandacht voor de tarieven was, maar helemaal vrije tarieven, zoals het wetsontwerp voorstelde? Dat was geen evolutie, maar een (fluwelen) revolutie en vrijwel uniek in Europa. Op 1 oktober 1999 trad de nieuwe wet in werking, de knop moest om, de wet was een feit en moest zeker door notarissen correct en loyaal worden nageleefd. Volop implementatie, monitoring, trendvolging, evaluatie, politieke en maatschappelijke discussie en onrust binnen en buiten de beroepsgroep.

1.6. Rechtsvragen

De vraag die in deze dissertatie wordt gesteld, is of de regelingen van de Wna 1999 marktbevorderend waren en of zij proportioneel waren ten opzichte van het doel. De rechtszekerheid verschaffen en onkunde en onzekerheid elimineren in rechtsverhoudingen is doel. Marktwerving kan een van de middelen zijn om het doel 'rechtszekerheid' te bereiken.

De rechtsvragen zijn gegroepeerd per luik en zullen ook daar behandeld en beantwoord worden. Te onderscheiden zijn dan de volgende rechtsvragen.

In het Eerste Luik:

- Marktwerving is nog steeds als een publiek belang aan te merken, maar het moet proportioneel worden toegepast. Is die proportionaliteit wel voldoende objectief en deskundig beoordeeld? En welke zijn de middelen ingevolge het recht van de EU, die voor de beoordeling van de proportionaliteit (middel ten opzichte van doel) gebruikt kunnen worden en welk(e) middel(en) heeft/hebben dan de voorkeur? Wie moet bij de weging worden betrokken?
- Hoever gaan de bevoegdheden van de EC en de mededingingsautoriteiten als het aankomt op de bevordering en handhaving van enige marktwerving in het notariaat?
- Is de Latijnse notaris belast met overheidsgezag en/of oefent hij overheidsprerogatieven uit?
- Zijn de vrijverkeersbepalingen op de notaris van toepassing?
- Zijn de mededingingsregels op de notaris van toepassing?

- Moet de KNB als een ondernemersvereniging worden aangemerkt?
- Zijn de regelgevingen van de notariële beroepsorganisaties onderhevig aan de bepalingen van het mededingingsrecht en mogen de mededingingsautoriteiten die regelgeving op hun proportionaliteit toetsen in relatie tot de gewenste marktwerking?

In het Tweede Luik:

- Hoe is het in de andere landen van de EU met een Latijns notariaat gesteld, in het kader van een bevordering van de marktwerking? In hoeverre is het Nederlandse voorbeeld gevolgd? Hoe is het notariaat in de zeventien onderzochte landen gereguleerd?
- Is het gewenst dat de Europese notariaten uniform gereguleerd zijn of is er plaats voor een pluriform Europees notariaat?
- Kunnen de Europese notariaten van elkaar leren en zijn daar voorbeelden van te geven?

In het Derde Luik:

- Is het gewenst dat alle notariskantoren in Nederland volstrekt dezelfde uitgangspunten hebben en alle gebruikelijke diensten verlenen of is het gewenst een pluriform notariaat binnen Nederland tot de mogelijkheden te laten behoren en specialisatie op verschillende vakgebieden ook door kleinere kantoren te bevorderen?
- Was de correctieve wetgevingsoperatie inzake de Wna 1999 adequaat en is er een goede balans gevonden tussen de borging van een kwalitatieve rechtszekerheid en een verantwoorde marktwerking of kan daar verbetering in worden aangebracht? Zo ja, welke veranderingen kunnen dan worden aanbevolen?
- Is er bij de aanbidding van notariële diensten sprake van een informatie-asymmetrie? Zo ja, kan deze worden opgeheven of vertoont die asymmetrie structurele kenmerken? Als het structureel zou zijn, welke maatregelen kunnen dan worden genomen om de problemen die dat met zich brengt, op te heffen?
- Als er in Nederland een herinvoering van een (beperkt) aantal tarieven zou worden overwogen, welke motivatie ligt daar dan aan ten grondslag, hoe kan dat dan worden geëffectueerd, en wie speelt daar welke rol in of juist niet?
- Is de kwaliteit gewaarborgd als er weer tarieven voor notariële dienstverlening zouden worden ingevoerd of moeten daar ook flankerende maatregelen voor worden genomen?

Deze en andere vragen zullen in de komende hoofdstukken worden behandeld en aan de hand van verdrags- en wetteksten, jurisprudentie, rechtsgeleerde commentaren en eigen inzichten en ervaringen worden beantwoord.

De dissertatie wordt afgesloten met een meertalige samenvatting en aanbevelingen.

Eerste Luik

Op 1 oktober 1999 werd de Wna 1999 van kracht. Op dezelfde dag werd ik bestuurslid van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) belast met onder meer notariële praktijkuitoefening. Hans Tromp volgde die dag Walter Jansen op als voorzitter, die Guus Rieter was opgevolgd. Drie voorzitters die volop en bevlogen bij de evolutie van de Wna 1999 betrokken waren.

De Wna 1999 moest geïmplementeerd worden en het notariële ambt moest worden uitgeoefend in een steeds vrijere markt. Hoe verhouden notariaat en vrije markt zich met elkaar, kan dat wel een verantwoorde combinatie opleveren? Wat is de positie van de Europese Commissie, welke die van de NMa? Het is interessant om meer te weten over de plaats van de notaris en de beroepsorganisatie in het Europese en Nederlandse mededingingsrecht. In het Eerste Luik probeer ik een en ander te verduidelijken.

2. Regels op het notarisambt van toepassing en de totstandkoming daarvan

2.1. Inleiding

In dit hoofdstuk zal behandeld worden welke regels op het notarisambt van toepassing zijn, hoe die regels tot stand komen en wie de regelgever is. De nationale wetgever heeft de belangrijkste rol. Bij de KNB als regelgever komen aan de orde de beperkingen die de Wna aan de KNB heeft opgelegd in haar bevoegdheid tot het vaststellen van verordeningen en de benodigde toestemming van de minister van Justitie, die anders dan bij de advocatuur vooraf vereist is. De vergelijking met de verordenende bevoegdheid van de NOvA is opvallend. Dat geldt zowel ten aanzien van de uitgebreidere verordenende bevoegdheid van de NOvA, als ten aanzien van het toezicht van de minister van Justitie die bij de advocatuur, anders dan bij het notariaat, repressief is. De positie van vooral ook de tuchtrechter als notariële regelgever komt aan de orde, evenals de vermelding van de bestuurs-, civiele en strafrechter. De rol van de mededingingsautoriteiten wordt in dit hoofdstuk slechts terloops genoemd. Daarentegen zal de positie van de vrijverkeersbepalingen en van het mededingingsrecht in zijn algemeenheid en in het bijzonder ten aanzien van het notariaat juist uitvoerig behandeld worden.

Ook wordt op mededingingsrechtelijk gebied de bij amendement toegevoegde bepaling in de Wna behandeld, die aangeeft dat verordeningen van de KNB de marktwerking niet onnodig mogen beperken. Dit is een voor het notariaat belangrijke bepaling.

De positie van de KNB als beroepsorganisatie komt in dit hoofdstuk weliswaar aan de orde in het kader van haar regelgevende bevoegdheid/opdracht, maar zal later uitgebreider behandeld worden. Dat gebeurt in het kader van het Europese en nationale mededingingsrecht, maar ook in zijn algemeenheid ten aanzien van de karakterisering van de KNB als instituut.

2.2. De nationale wetgever

Regels voor de notariële ambtsuitoefening worden primair vastgesteld door de nationale wetgever, met als voor het Latijnse notariaat revolutionaire resultaat: de

Wet op het notarisambt 1999.⁷³ Van den Haak duidt de invoering van die wet aan als een fluwelen revolutie.⁷⁴ Door de geleidelijke overgang van vaste naar vrije tarieven deed de omwenteling aanvankelijk inderdaad fluwelig aan. Elf jaar later lijkt de term fluweel wellicht te vriendelijk.

De (verplichte) tussenkomst/rol van de notaris vinden we verder in tal van andere wetten. Welke taak, welke regels, welke verantwoordelijkheden, welke aansprakelijkheden: het is te vinden in alle boeken van het Burgerlijk Wetboek, in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Faillissementswet, de Kadasterwet, de Wet Conflictenrecht huwelijksvermogensregime, de Wet Conflictenrecht geregistreerd partnerschap en nog een ruim aantal meer specifieke wetten.

2.3. De KNB

2.3.1. *De KNB en de notariële regelgeving*

De KNB is een openbaar lichaam in de zin van artikel 134 van de Grondwet.⁷⁵ De KNB heeft tot taak de bevordering van een goede beroepsuitoefening door haar leden en van hun vakbekwaamheid. Haar taak omvat tevens de zorg voor de eer en het aanzien van het notarisambt. Om aan die taak te kunnen voldoen, heeft de KNB de (wettelijke) opdracht om bij verordening beroeps- en gedragsregels (verordeningen) voor haar leden vast te stellen. Eveneens kunnen bij verordening regels worden vastgesteld betreffende de bevordering van de bekwaamheid van de leden en de kwaliteit van de beroepsuitoefening.⁷⁶ Verordeningen van de KNB binden slechts haar leden en haar organen. Voorstellen van verordeningen worden opgesteld door het KNB-bestuur of door ten minste vijf leden van de ledenraad. De Wna geeft aan dat het bestuur de Kamers van Toezicht kan uitnodigen hun oordeel te geven.⁷⁷ In ieder geval zal het bestuur het Bureau⁷⁸ inschakelen bij de voorbereiding en de uitvoering van de regelgevende werkzaamheden. Het Bureau is feitelijk de instantie die de ontwerpverordeningen maakt, in goed overleg met en na besluit van het bestuur. Het voorstel voor een verordening zal op de agenda van de ledenraad worden geplaatst en als gevolg daarvan zal het voorstel, evenals de andere onderwerpen van de ledenraadsagenda, in de aan de ledenraad voorafgaande ringvergaderingen worden besproken.⁷⁹ De laatste jaren komt het

73 Wet van 3 april 1999, ingevoerd op 1 oktober 1999.

74 Haak, H.F. van den, *De notaris in appel*, Prinsengrachtreeks 2009/1, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 11.

75 Artikel 60 Wna.

76 Artikel 61 Wna.

77 Artikel 89 Wna.

78 Het bureau is de professionele organisatie die het KNB-bestuur bijstaat in de uitoefening van haar taken, artikel 63 Wna.

79 Artikel 90 Wna.

meer en meer voor dat bestuursleden en/of leden van het KNB-bureau bij die ringvergaderingen aanwezig zijn, zodat toelichting op het beleid en op de concept-regelgeving via de kortste lijnen kan worden gegeven. Communicatie is in iedere organisatie essentieel, maar zeker ook binnen een verzakelijkende en verhardende beroepsgroep als het notariaat.⁸⁰ Als de leden op de ringvergaderingen komen, participeren zij aldus in het beleid en de besluitvorming binnen de KNB en weten de ledenraadvertegenwoordigers waar hun achterban voor staat en kunnen ze daar bij de stemmingen in de ledenraad rekening mee houden.

Op de benodigde toestemming voor de verordeningen van de minister van Justitie wordt hierna uitgebreider teruggekomen. Hoewel de toestemming volgens de Wna pas gevraagd zal worden nadat de verordening door de ledenraad is aangenomen, is het niet ongebruikelijk dat ook vooraf op ambtelijk niveau bij het ministerie van Justitie wordt gesondeerd, zeker ten aanzien van formele wetstechnische aspecten. Een verordening kan aan het bestuur van de KNB de bevoegdheid toekennen nadere regels betreffende het in de verordening behandelde onderwerp te geven.

2.3.2. *Goedkeuring van KNB-verordeningen door de minister van Justitie*

Een verordening van de KNB heeft de goedkeuring van de minister van Justitie. De minister kan de goedkeuring uitsluitend weigeren wegens strijd met het recht of het algemeen belang.⁸¹ Bovendien mag de marktwerking niet onnodig beperkt worden en mogen er geen verplichtingen of voorschriften worden vastgesteld die niet strikt noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van het beoogde doel. De memorie van toelichting geeft aan dat de toetsing marginaal behoort te zijn: een voorgestelde verordening hoeft niet het positief oordeel van de minister te krijgen, als zij maar door de beugel kan.⁸²

De verplichte goedkeuring is ingevoerd met het oog op aansluiting bij de Algemene wet bestuursrecht. Verstappen is van mening dat daardoor en vooral door de verscherping van de wet door middel van het criterium 'strikt noodzakelijk voor de verwezenlijking van het doel ...' 'de mogelijkheden die de KNB heeft om de goede beroepsuitoefening en de vakbekwaamheid, alsmede de bewaking van de eer en [het] aanzien van het ambt te bevorderen,'⁸³ te zeer beperkt zijn'. De combinatie van deze criteria laat volgens hem nauwelijks tot geen ruimte voor marginale toetsing

80 Ook de KNB stelt in haar voorjaarsnota 2010 'In transitie, een beleidsrichting voor de komende tijd' dat zeker de communicatie beter had gekund en dat zij extra aandacht zal besteden aan de communicatie met de leden, p. 8.

81 Artikel 91 Wna.

82 Kamerstukken II 1993/94, 23 706, nr. 3, p. 57 (MvT): Het zou een inbreuk op het vertrouwen in de KNB zijn als openbaar lichaam, indien discussie tussen Minister en KNB zou ontstaan over de vraag of de verordening in haar opzet en uitwerking wellicht verbeterd zou kunnen worden.

83 Artikel 61 Wna.

door de minister van Justitie, maar verplicht tot integrale toetsing.⁸⁴ Ook Huygen en Pleysier zijn die mening toegedaan,⁸⁵ hoewel de laatste schrijvers ook aante-kenen dat de positie van de KNB als orde wel versterkt is vergeleken met de oude broederschap. Dat komt doordat enerzijds alle (kandidaat-)notarissen verplicht lid zijn van de KNB en anderzijds de KNB verordenende bevoegdheid heeft. Hebben genoemde schrijvers gelijk als zij zeggen dat de taakopdracht van de KNB in de wet beperkter is omschreven dan toen zij nog vereniging was en dat de verordenende bevoegdheid te beperkt is? Door de minister kan goedkeuring worden onthouden wegens strijd met het recht of het algemeen belang.⁸⁶ Het recht bepaalt in artikel 89 lid 2 Wna dat door verordeningen de marktwerking niet onnodig beperkt mag worden en dat geen verplichtingen of voorschriften mogen worden opgelegd die niet strikt noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van het doel dat met de verordening wordt beoogd. Dit lid is bij amendement toegevoegd. Het wetsontwerp is dan wel van start gegaan met een memorie van toelichting, waaruit af te leiden is dat de toetsing marginaal behoort te zijn, als vervolgens echter de inhoud van de criteria waaraan een verordening behoort te voldoen wordt opgerekt, op de wijze als is omschreven, dan blijft er van marginale toetsing niet zoveel meer over en is ook het toetsingsdomein opgerekt. Mede door de beperktere mogelijkheden van de KNB om onderwerpen bij verordening te regelen, wordt de kans vergroot dat er onderwerpen ter beslechting bij de kamers van toezicht en in hoger beroep bij de notariskamer van het Gerechtshof Amsterdam komen. Dat geldt dan ook voor onderwerpen die zich beter zouden lenen voor regeling bij verordening door de KNB en waarmee eigenlijk de tuchtrechter niet belast zou moeten worden. Dat is geen goede ontwikkeling. Het notariaat kan dat beter zelf in de hand houden en initiëren. Ik ben het met Verstappen eens als hij in zijn Praktijcke⁸⁷ stelt dat de beperking die gelegen is in artikel 89 lid 2 Wna ten aanzien van de woorden ‘strikt noodzakelijk’ niet nodig is en zelfs marktverstoring kan werken. Het eerste lid geeft zo’n forse en belangrijke opdracht aan de KNB, dat de uitvoering daarvan niet onnodig beperkt behoort te worden.

De nadere regels die het bestuur van de KNB op basis van een verordening vaststelt, moeten ter kennisneming worden toegezonden aan de minister van Justitie. Bij Koninklijk Besluit kunnen dergelijke KNB-besluiten worden vernietigd. Onverminderd artikel 10:39 van de Awb kan een besluit echter niet worden vernietigd, indien zes maanden zijn verstreken nadat het besluit bekend is gemaakt.⁸⁸

84 Verstappen, L.C.A., *De Praktijcke van de Notaris* (inaugurele rede Groningen 2000), *Ars Notariatus* CVI, Deventer 2001, p. 14.

85 Huijgen, W.G. en Pleysier, A.J.H., *De wetgeving op het notarisambt*, *Ars Notariatus* C 2001, § 29, p. 131.

86 Artikel 91 lid 1 Wna en artikel 134 lid 3 Grondwet.

87 Verstappen, L.C.A., *De Praktijcke van de Notaris* (inaugurele rede Groningen, 2000), *Ars Notariatus* CV, p. 14.

88 Artikel 92 Wna.

Een andere mogelijke beperking om te komen tot maatschappelijk gewenste regelgeving door de KNB zit in de structuur van deze Publiekrechtelijke Beroepsorganisatie. De KNB is op democratische leest geschoeid, dat wil zeggen dat er een interne democratie bestaat van de leden. De (kandidaat-)notarissen wijzen de leden van de ledenraad aan, de ledenraad benoemt het bestuur. Verordeningen behoeven de goedkeuring van de ledenraad. Het is mogelijk dat bestuur en/of ledenraad een bepaalde regeling niet zou voorstellen/goedkeuren omdat die te zeer in het nadeel van de goede uitoefening van het notariaat is of volgens hun mening anderszins ongewenst is. Dat kan spanning geven in taakopdracht en uitvoeringsmogelijkheid. Er zou dan niets anders resten dan dat of de tuchtrechter corrigeert, of de wetgever de gewenste regeling bij wet vaststelt. Het heeft erom gespannen en het heeft lang geduurd voordat de ledenraad akkoord ging met het recht van inzage in notariële dossiers om te controleren of aan verplichtingen uit de Wwft⁸⁹ was voldaan en om kwaliteitscontroles te kunnen uitvoeren. De ledenraad was bezorgd over het verder inperken van de geheimhoudingsplicht van de notaris.⁹⁰ Maar ook die inperking van het verschoningsrecht is er uiteindelijk wel gekomen met mede als argument dat het verschoningsrecht en de geheimhouding er zijn voor de notariële cliënt en niet om het eventuele feilen van de (kandidaat-)notaris te verhullen. Daarnaast zal ook de wetgever deze materie regelen in de wijziging van de Wet op het notarisambt naar aanleiding van de evaluatie van die wet. Voorstellen daartoe zijn in december 2009 aan het parlement aangeboden, waarover hierna in het Derde Luik meer. Een op zich prima Code HOT⁹¹ is door de ledenraad afgestemd, volgens sommige ledenraadleden echter meer vanwege onvrede over de presentatie van het bestuur dan over de inhoud van de code.⁹² Jammer, want het was een goed voorstel dat de helderheid en eerlijkheid van het offreren ten goede zou zijn gekomen. Alle reden om dat voorstel weer op de agenda te zetten en daar goed vooroverleg met de ledenraad over te hebben. Er zullen eerder meer dan minder van dit soort kwaliteitsverhogende verordeningen moeten komen.

Zowel het bestuur en het Bureau, als de ledenraad van de KNB geven overigens bij voortduring blijk van hun gevoel voor maatschappelijke verantwoordelijkheid en van besef van de publieke taak die de notaris uitoefent. Regels als de checklists met toelichting bij ABC-akten,⁹³ de uitbetaling van gelden,⁹⁴ zoals gemeld, de controle door de KNB op de naleving van de Wet ter voorkoming van

89 Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, op 1 augustus 2008 in werking getreden.

90 Artikel 22 Wna.

91 HOT: Helder Offreren en Tarifieren, Notariaat Magazine 2004/3.

92 Notariaat Magazine, 2005/1.

93 Checklist voor ABC-transacties, Notariaat Magazine, 2007/8.

94 Beleidsregel vastgesteld door het bestuur van de KNB, gepubliceerd op 6 december 2007, op 1 januari 2008 in werking getreden, per 2 februari 2008 op enkele plaatsen aangepast.

witwassen en financieren van terrorisme (Wwft)⁹⁵ en recent de plannen voor kwaliteitstoetsing⁹⁶ getuigen daarvan. Het notariaat moet zich bewust zijn van haar poortwachtersfunctie en is dat ook in overwegende mate. Op de geheimhouding is en zal nog verder door de notaris worden ingeleverd. Gelijktijdig is/wordt daarmee de mogelijkheid om effectief als poortwachter op te treden uitgebreid. Het publiek belang is daarmee gediend. In die sfeer ligt ook de in oktober 2010 door het College van procureurs-generaal geuite wens, dat de geheimhoudingsplicht van de notarissen verder door de rechter kan worden ingeperkt als de cliënt van een notaris wordt verdacht van criminele handelingen. Uit schema 6.16.1 in het Tweede Luik blijkt dat van de onderzochte EU-landen uitsluitend Estland, Slowakije en Tsjechië de geheimhoudingsplicht van de notaris ten behoeve van het Openbaar Ministerie hebben ingeperkt, in Estland pas nadat de rechter daartoe een bevel heeft gegeven. Een van de conclusies van het recente XXVIe congres van de UNIL⁹⁷ was dat met betrekking tot de geheimhoudingsplicht het inzicht en de overtuiging ingang moeten vinden dat het signaleren van twijfelachtige transacties geen schending van die plicht betekent, omdat het algemeen belang vóór gaat en omdat die plicht gebaseerd is op het naleven van de wet volgens het beginsel van eigen verantwoordelijkheid.

Tegen notarissen die regels overtreden, onderneemt de KNB stevig actie. Rechtshandhaving heeft een belangrijker plaats gekregen.⁹⁸ Hoewel ook de KNB als vereniging zich van haar maatschappelijke verantwoordelijkheid bewust was, is er toch sprake geweest van een aanmerkelijke intensivering van rechtshandhaving, nadat de beroepsorganisatie veranderde in een publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie (PBO) of orde. Dit ondanks het feit dat het interne KNB-verenigingstuchtrecht bij de Wna 1999 was afgeschaft. Door audits, richtlijnen, publicaties en verspreiding van tuchtrechtspraak neemt het bewustzijn van notarissen toe, wordt beter opgelet en krijgt de functie van poortwachter meer inhoud. Zo zien we een KNB die op die gebieden in toenemende mate een adequate invulling geeft aan haar wettelijke opdracht.

95 Reglement op de kwaliteit, 13 december 2006.

96 Reglement op de kwaliteit intercollegiale kwaliteitstoetsingen, regeling van 15 oktober 2008, inwerkingtreding 2 januari 2009.

97 Gehouden te Marrakech (Marokko) van 3 tot en met 6 oktober 2010.

98 Bijvoorbeeld als partij in tuchtzaken, bijvoorbeeld in Hof Amsterdam 30 maart 2006, rekestnr. 1236/2005, LJN AV7725 (de Postbank-zaak); inzake ABC-akten zie Haak, H.F. van den, De notaris in appel, Prinsengrachtreeks 2009/1, Nijmegen: Ars Aequi Libri. p. 295 e.v. en verder Notariaat magazine 2008/6 inzake peer reviews. De artikelen 96 en 99 Wna vormen de basis van de actiemogelijkheden van de KNB.

2.3.3. *Verordeningen mogen niet onnodig de marktwerking beperken*⁹⁹

Zoals omschreven, heeft de wetgever het in het vergaderjaar 1997-1998 van de Tweede Kamer nodig geoordeeld om de minister van Justitie een specifiek instrument voor de bewaking van de marktwerking in het notariaat te verschaffen. Waarom? Er zijn toch in zijn algemeenheid het VWEU en de Mededingingswet die de marktwerking regelen op basis waarvan de Europese Commissie en de NMa kunnen optreden tegen mededingingsbeperkende effecten van regelgeving? Hoewel, als er nationaal recht bestaat dat een eventueel kartel veroorzaakt, dan werkt de sanctie van 101 (2) VWEU niet. Er kan immers geen overtreding door de onderneming aanwezig worden geacht,¹⁰⁰ tenzij de ondernemingen verder gaan dan de overheidsregeling aangeeft, als er sprake is van autonome gedragingen, ofwel vrijwillig gedrag waartoe het nationale recht niet verplicht.¹⁰¹ Als dat zich voordoet, is er wel ruimte voor de NMa (op basis van CIF) om op te treden.¹⁰² Dat is het geval als de notaris als onderneming zou worden gezien in de zin van de mededingingsbepalingen. Het laatste is een rechtsvraag waarop hierna nader zal worden ingegaan. Maar ook als de nationale wet dwingt tot overtreding, kan er toch sprake zijn van *effet utile* en kan, volgens het HvJ EU in CIF,¹⁰³ de nationale mededingingsautoriteit het nationale recht in zo'n geval opzij zetten. Overigens kan dat vervolgens weer strijd opleveren met artikel 3:40 BW, dat onder meer zegt dat strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid of in een specifiek geval tot vernietigbaarheid.¹⁰⁴ Hoe dan ook, de toevoeging van artikel 89 lid 2 Wna vertaalt wel de zorg die de wetgever en dan met name de toenmalige Tweede Kamer kennelijk heeft gehad ten aanzien van mogelijke pogingen van de KNB om via haar verordeningen de met de nieuwe Wna ingevoerde nadere marktwerking weer te verminderen. Dat bij amendement ook de bepaling is toegevoegd dat de marktwerking niet onnodig beperkt mag worden door een verordening, geeft aan dat de wetgever het wenselijk heeft geacht dat de bescherming van de marktwerking bij de minister van Justitie komt te liggen.

Bovendien zit er verschil in het tijdstip van beoordeling. Bij de afweging in het kader van artikel 89 lid 2 Wna is de werking *ex ante*, terwijl de afwegingen in het kader van VWEU en de Mededingingswet een *ex post* werking hebben. De minister van Justitie zal het belang van de ambtelijke taak van de notaris afwegen tegen die van de marktwerking. De minister zal de proportionaliteit dus moeten

99 Artikel 89 lid 2 Wna.

100 Gevoegde zaken C 94/94 en C-202/94, Cipolla r.o. 45-53.

101 Zaak C-198/01, CIF r.o. 45-53.

102 In dit verband is aan te bevelen Verschuur, S., Overheidsmaatregelen en het toezicht van nationale mededingingsautoriteiten, De consequenties van het arrest CIF voor nationale mededingingsautoriteiten en overheden (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

103 Zaak C-198/01, CIF.

104 Vernietigbaarheid als de bepaling bij een meerzijdige rechtshandeling uitsluitend strekt ter bescherming van een van de partijen.

toetsen en wel voordat de verordening rechtskracht verkrijgt. Hij zal bij die afweging gebruik kunnen maken van een van de nader te bespreken excepties, zoals de Wouters-doctrine, een methode die door het HvJ EU gevolgd is ten aanzien van de (Nederlandse) advocatuur.¹⁰⁵ Via artikel 89 lid 2 Wna is het in ieder geval de minister van Justitie die de ter goedkeuring voorgelegde verordeningen op marktwerking moet toetsen.

Met name Justitie zal als vakdepartement en bewaker van de rechtsstatelijkheid, de marktwerking afzetten tegen criteria als rechtszekerheid, algemeen belang en notariële deontologie. Of de KNB en/of Justitie voor deze afweging nog advies vragen/vraagt¹⁰⁶ aan de NMa (en/of het ministerie van Economische Zaken) is aan hen ter beoordeling. De door de overheid goedgekeurde verordening kan wel onder vuur komen te liggen als er gezondigd wordt tegen de *effet utile* (nuttig effect)-leer, die inhoudt dat de overheid niet aan de mededingingsbepalingen het nuttig effect mag ontnemen. *Effet utile* is het samenstel van Unietrouw (artikel 4.3 VEU) en de mededingingsbepalingen van de artikelen 101 en 102 VWEU. Lidstaten kunnen/mogen niet door middel van wetgevend optreden het nuttig effect ontnemen¹⁰⁷ aan de laatstgenoemde artikelen.

2.3.4. *De verordeningen van de Nederlandse Orde van Advocaten en het repressieve toezicht door de minister van Justitie*

Het college van afgevaardigden van de NOvA heeft de bevoegdheid verordeningen vast te stellen in het belang van de goede uitoefening van de praktijk en verder ten behoeve van de huishouding en de organisatie van de NOvA. Zoals we hiervoor zagen, mag de KNB slechts verordeningen vaststellen waarvan de Wna (nadere) regeling voorschrijft. Verder geldt voor de NOvA ook niet de inperking van de verordeningsbevoegdheid met de criteria: niets dat niet strikt noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het doel of het niet onnodig beperken van de marktwerking.

Na de vaststelling van de NOvA-verordeningen moeten deze onverwijld aan de minister van Justitie worden medegedeeld. De verordeningen behoeven dus niet de (voorafgaande) goedkeuring van de minister van Justitie.

Wel is er een regeling te vergelijken met die van artikel 92 Wna. De regeling geeft aan dat besluiten van het college van afgevaardigden van de algemene raad of van andere organen van de NOvA bij Koninklijk Besluit kunnen worden vernie-

¹⁰⁵ Wouters, HvJ EU 19 februari 2002, zaak C-309/99, waarbij de formulering 'redelijkerwijs noodzakelijk' wel heel dicht komt bij die van artikel 89 lid 2 Wna 'marktwerking niet onnodig beperken'.

¹⁰⁶ In aanbeveling 4.1 op p. 35 van haar rapport stelt de Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt (Hammerstein) het volgende: De commissie beveelt aan dat het Ministerie van Justitie en de KNB in voorkomende gevallen informeel bij de NMA vragen betreffende mededingingsrecht voorleggen om onnodige fricties te voorkomen.

¹⁰⁷ CNSD, zaak C-35/96, r.o. 54.

tigd (ex post). Ook hier moet de schorsing binnen zes maanden plaatsvinden.¹⁰⁸ In de memorie van antwoord bij behandeling van het wetsontwerp in 1952 gaf de minister aan dat bijvoorbeeld verordeningen die de advocatuur tot een gesloten beroep zouden kunnen maken, zonder aarzeling aanleiding zouden vormen voor Justitie om deze te beschouwen als in strijd met het algemeen belang. Daaruit zou de minister zeker de in artikel 30 lid 1 omschreven consequentie trekken en de verordening bij koninklijk besluit (KB) vernietigen.¹⁰⁹ Toetsingscriterium is derhalve het algemeen belang. Er is daarmee een ruimer mandaat voor de NOvA dan voor de KNB ten aanzien van het gebied waarop verordeningen mogen worden uitgevaardigd.

Het verschil in toezicht van de verordeningen door Justitie tussen de beide Ordes is groot, een constatering waarop hierna bij de bespreking van de positie van de KNB in het mededingingsrecht zal worden teruggekomen. De onderhavige bepalingen voor advocaten zijn dan ook in een geheel andere tijd vastgesteld dan die voor notarissen. Bovendien zal het ook een rol spelen dat de KNB zich tot het uiterste heeft verzet tegen het invoeren van een aantal wetswijzigingen ter bevordering van meer marktwerking in het bijzonder in de vorm van de vrije tarieven.

2.4. Het Mededingingsrecht als bron van regelgeving voor het notariaat

De Mededingingswet¹¹⁰ kent het instituut van de NMa, die tot taak heeft werkzaamheden te verrichten ten behoeve van onder meer, maar vooral ten behoeve van de uitvoering van de Mededingingswet. De Mededingingswet verbiedt mededingingsbeperkende afspraken en gedragingen van ondernemingen en ondernemersverenigingen en misbruik van een economische machtspositie door ondernemingen.¹¹¹ Europese equivalenten van deze bepalingen vinden we in de artikelen 101 en 102 VWEU. In hoofdstuk 3 zal op deze mededingingsregelingen worden terugkomen en met name zal er worden ingegaan op de vraag of en in hoeverre die regelingen op het notariaat van toepassing zijn. De Europese Commissie en de NMa gaan ervan uit dat dit wel het geval is en handelen daar ook naar.

De NMa stelt dat de activiteiten van de notarissen kunnen worden aangemerkt als activiteiten van ondernemingen in de zin van de Mededingingswet en het VWEU.¹¹² De NMa heeft, vlak voor de invoering van de Wna 1999, in de overtuiging dat de notarissen onverkort als ondernemers (in de zin van VWEU en MW) aan te merken zijn en daarmee onder de mededingingsbepalingen vallen, opge-

108 Artikel 30 Advocatenwet.

109 Marktwerking avant la lettre in 1952.

110 Wet van 22 mei 1997, Stb. 1997, 242; laatstelijk gewijzigd 21 juli 2007, Stb. 2007, 291.

111 Artikelen 6 en 24 Mw.

112 Inventarisatie vrije beroepen door de NMa: notariaat, maart 2006, hoofdstuk 4.1, p. 20.

treden tegen een groep notarissen in Breda.¹¹³ Het betrof een arrangement rond de overdrachten van registergoederen, waarbij de gemeente Breda partij was en zij de notaris mocht aanwijzen. Die aanwijzing werd in overleg tussen gemeente en notarissen vastgelegd in een schema.¹¹⁴ Het was geen kwestie van tarieven, er waren immers toen (kort voor de invoering Wna 1999) nog vaste tarieven, maar wel van een verdeling van de markt. Het was een situatie die in tal van gemeenten op min of meer dezelfde wijze plaatsvond.¹¹⁵ De NMa oordeelde dat het gehanteerde toerbeurtsysteem in strijd was met de Mededingingswet. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven matigde de boetes weliswaar, maar bevestigde overigens de uitspraak van de NMa.¹¹⁶ De actie had het gewenste opschonende effect op alle mogelijke min of meer stille plannen van notarissen om onder de nieuwe wet toch nog deze of gene afspraak te gaan maken.

De versterkte marktwerking voor notarissen kon onbelemmerd beginnen op 1 oktober 1999 en vanaf dat moment werden de tarieven stapsgewijs vrij gemaakt.

Een ander voorbeeld van actie door de NMa op het gebied van de notariële regelgeving is de gemelde inventarisatie vrije beroepen, waarbij zij het notariaat onder de loep neemt en vragen stelt ter zake van notariële regelgeving.¹¹⁷ Novocatie meldde op 14 januari 2010¹¹⁸ dat de NMa nader onderzoek gaat instellen naar aanleiding van afspraken tussen Amsterdamse notarissen en makelaars. Huizenkopers zouden in Amsterdam sinds jaar en dag gedwongen worden hun overdrachtsakte te laten passeren bij een Amsterdamse notaris.¹¹⁹ Ook heeft de NMa aangegeven dat plannen zoals van de Nieuwe Stempel¹²⁰ om te komen tot minimumtarieven, per definitie verboden zijn, ongeacht het effect ervan.

De NMa heeft aan de oproep van het Europees Parlement gevolg gegeven en heeft de betrokken beroepsorganisaties, waaronder ook de KNB, uitgenodigd om

113 Besluit van de DG NMa van 14 september 1999, Notarissen Breda, randnummer 33.

114 Oers, M. van (namens de NMa), Marktwerking in het notariaat: Een hele onderneming, Ars Notarius, 5 november 2009.

115 Ook bevestigd door W.G. Huijgen en A.J.H. Pleysier, De wetgeving op het notarisambt, Ars Notarius C. Als notaris heb ik daar ook zelf ervaring mee in een tweetal gemeenten, te weten Hengelo (Ov.) en Ede.

116 College van Beroep voor het bedrijfsleven, 12 maart 2004, UN AO 6479.

117 Het Europees Parlement heeft op 12 oktober 2006 een resolutie aangenomen, waarin het onder meer alle bij het hervormingsproces betrokken partijen (EC, lidstaten en beroepsorganisaties) opriep tot voortzetting van de dialoog, die erop gericht is om de in zijn ogen onterechte belemmeringen van de mededinging of belemmeringen van het algemeen belang en anderszins klant-onvriendelijke regelgeving op te heffen; Resolutie van het EP over de follow-up van het verslag over de mededinging op het gebied van de professionele dienstverlening (2006/2137(INI)).

118 www.Novocatie.nl, Sdu uitgevers, 14 januari 2010.

119 In Amsterdam is het gebruikelijk de obligatoire overeenkomst van verkoop en koop (de zgn. voorlopige koopakte) door een notaris te laten opmaken.

120 De van oorsprong Friese vereniging, opgericht in 2009, die onder meer wil komen tot een bepaalde vorm van tariefregulering en kwaliteitsverhoging en in het voorjaar 2010 mede inspirerend is geweest voor de oprichting van de NBVN, 'de Nederlandse Branche Vereniging Notariaat'.

beargumenteed te reageren op haar vragen ter zake van de noodzakelijkheid en de proportionaliteit in relatie tot het publiek belang van rechtszekerheid van een aantal van hun regelingen.¹²¹

De KNB is ondanks haar bedenkingen bij de juistheid van de procedure en de bevoegdheid van de NMa ter zake, toch met de NMa in overleg gegaan en heeft de vragen beantwoord. Veel van de NMa-vragen konden tot tevredenheid van de NMa door de KNB beantwoord worden en daarmee werden de desbetreffende regelingen door de NMa geaccepteerd. Op andere punten gaf de KNB aan dat het in haar voornemen lag enkele regelingen aan te passen. Op weer andere punten hield de KNB voet bij stuk, zoals ten aanzien van het provisieverbod.¹²²

Ook de Europese Commissie staat op het standpunt dat er op grond van de mededingingsregels geïntervenieerd kan worden in de notariële regelgeving, maar laat dit over aan de nationale overheden en mededingingsautoriteiten en stimuleert deze daarin.¹²³

Vooralsnog wordt hier, onder voorbehoud, de mededingingsautoriteit toch onder de regelgevers van notarieel recht geschaard. Al was het alleen maar door haar indirecte invloed.

2.5. De (tucht)rechter als regelgever voor het notariaat

Met name de kamers van toezicht en vooral in hoger beroep (de hoogste instantie) de notariskamer van het gerechtshof te Amsterdam, stellen door middel van hun uitspraken (nadere) regels voor de (kandidaat-)notarissen en de notariële ambtsuitoefening. In tuchtzaken wordt het functioneren van (kandidaat-)notarissen beoordeeld. Is er volgens de regels gehandeld of is er sprake van enig handelen of nalaten in strijd met enige bij of krachtens de Wna gegeven bepaling of een op de Wna berustende verordening, hetzij in strijd met de zorg die betracht behoort te worden? Zijn de regels voldoende duidelijk en is er überhaupt in enige regelgeving rekening gehouden met een bepaalde (soms nieuwe) situatie? Zoals ook Laclé constateert, zijn met de invoering van vrije tarieven in het notariaat de notarissen de markt gaan verkennen en is er onduidelijkheid ontstaan over de mate waarin nieuwe marktinitiatieven verenigbaar zijn met het notariële ambt.¹²⁴

121 Inventarisatie vrije beroepen door de NMa: notariaat, maart 2006.

122 Oers, M. van, Marktwerving in het notariaat: droom of nachtmerrie, Marktwerving in het notariaat: een hele onderneming, *Ars Notarius* 143, p. 80, Deventer: ISBN 978 90 13 07100 9.

123 Mededeling van de Commissie; Verslag over de mededinging op het gebied van de professionele dienstverlening, Brussel 9 februari 2004, Com(2004) 83 definitief. Onder professionele diensten worden de diensten van de vrije beroepen verstaan.

124 Laclé, Z.D., Notabelen vernieuwen (diss. Leiden), 7 februari 2008, *ARS notarius* 137, p. 115 e.v.

In de geest van het liberale tijdsgewricht en mede vanwege de hoge notariële inkomens werden ook de tarieven vrijgelaten en (zo werd als verwachting uitgesproken) daarmee de kwaliteit gestimuleerd.¹²⁵

Mede door de marktwerking zijn er ook, zeker in de eerste jaren na de invoering van de Wna 1999 tal van min of meer nieuwe initiatieven genomen, zoals bijvoorbeeld: volledige of deel samenwerkingen/associaties, kennisketens, specialistenverenigingen, verdere automatisering, sites voor de goedkoopste notarissen, reclame, nieuwe standplaatsen (al dan niet maar toch vooral in associatief verband),¹²⁶ doe-het-zelfakten via de sites van de kantoren respectievelijk kantoorcombinaties.¹²⁷

Aan de tuchtrechter de beoordeling of nieuwe initiatieven die door de marktwerking zo gepropageerd werden, wel door de tuchtrechtelijke beugel konden. Bijvoorbeeld een casus die de overdracht van een groot aantal percelen grond betrof, die door de gemeente Rotterdam in erfpacht waren uitgegeven en waarvan het erfpachtrecht werd geconverteerd in eigendom. Vooral door zijn omvang een voor het notariaat aantrekkelijke opdracht. Niet alleen Rotterdamse notarissen hadden een offerte uitgebracht, maar ook een aantal Noord-Hollandse kantoren verenigd onder de naam Actus-notarissen (I). Notarissen waren het niet gewend dat er offertes van notarissen uit andere regio's kwamen. Ook dat was de bedoeling van de wetgever, de notaris mag volgens de nieuwe Wna ook buiten zijn arrondissement akten passeren.¹²⁸ De Wna 1999 had marktwerking bevorderd, Actus deed daar volop aan mee. Actus kreeg de opdracht van de gemeente Rotterdam. De KNB had bezwaar tegen één onderdeel van de offerte: het tarief zou lager worden als er bij volmacht zou worden gepasseerd. Wat volgens de KNB niet kon, was dat door het niet persoonlijk verschijnen van de cliënt te bevorderen, er tevens een situatie bevorderd werd waarin de notaris minder of zelfs helemaal niet aan zijn Beleh-rungsplicht kon en zou voldoen. Dat achtte de KNB een ongewenst gevolg. Het is tot behandeling door de tuchtrechter gekomen. Eerst door de KVT Alkmaar,¹²⁹ daarna door het Hof Amsterdam.¹³⁰ Het hof overwoog dat de notarissen in hun wens een lager tarief te kunnen aanbieden, bevorderd hebben dat er door cliënten genoeg werd genomen met een mindere kwaliteit van notariële zorg tot informatieverstrekking en wilscontrole. De klacht werd gegrond bevonden maar

¹²⁵ In een markt waar het product niet of onvoldoende door de klant beoordeeld kan worden, is dat bepaald geen uitgemaakte zaak. De prijs kan iedereen beoordelen, de kwaliteit van de notariële akte helemaal niet. Dan is het voor de aanbieder een kans om wel de prijs te laten dalen, maar op de kwaliteit van de akte te minderen om daarmee een lagere prijs te kunnen berekenen en door die lagere prijs de omzet te vergroten.

¹²⁶ De aanvankelijke uitbreiding van het aantal plaatsen van vestiging vermindert weer ten gevolge van de recessie. Notarissen stoppen en de associatie besluit de vacature maar niet binnen de samenwerking op te vullen. Zie schema en beschrijvende tekst in § 7.4.1.

¹²⁷ Zie daarvoor ook het rapport van de commissie-Hammerstein, Het beste van twee werelden, september 2005.

¹²⁸ Artikel 13 Wna.

¹²⁹ 30 december 2003, klachtnr. 4/2003, n.g.

¹³⁰ Hof Amsterdam 22 juli 2004, LJN AQ4770.

er werd geen maatregel opgelegd. Actus is een actieve en innovatieve club, die de grenzen opzoekt tot hoever die marktwerking mag gaan. De tuchtrechter gaf duidelijk een grens aan en schiep een beroepsregel, maar vond dat de innovator in dit geval niet gestraft behoefde te worden.

Vervolgens de Postbank-zaak.¹³¹ Het notariskantoor CMS dat afspraken had gemaakt met de Postbank had om de hypotheekakten van de Postbank in het hele land te kunnen passeren een samenwerking met een vijftigtal notariskantoren in den lande opgezet. De werkzaamheden werden verdeeld tussen CMS en de diverse collega-kantoren. Voor het passeren van de hypotheekakte waren dertig minuten gereserveerd. Wederom komt, volgens de KNB, de Belehrungspflicht in de knel, evenals de onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Het hof deelde die mening niet en achtte de klacht ongegrond. De gemiddelde hypotheekakte kan, volgens het hof, verantwoord in een halfuur gepasseerd worden.¹³² Langer gaat het vooral dan worden als er vragen komen over andere onderwerpen, zoals over testamenten, samenlevingsovereenkomst en dergelijke, maar dan wordt een nieuw en ander pad betreden. In dezelfde zaak worden de klachten van de KNB over misleidende publiciteit en het betalen van (niet toegestane) provisie door de kantoren in den lande wel gegrond bevonden, maar ook nu wordt geen maatregel opgelegd.

Nog recenter is de uitspraak tegen, weer, Actus-notarissen (II).¹³³ De notarissen ontvingen € 50.000 van een makelaarskantoor als vergoeding voor het opmaken van koopaktes. Dat werden uiteindelijk 3.200 koopakten, ofwel ongeveer € 16 per akte. Het hof oordeelde dat de vergoeding veel lager was dan gebruikelijk gevraagd wordt voor dergelijke werkzaamheden. Volgens het hof wilden de notarissen zonder twijfel bereiken dat de makelaar zijn klanten zou doorsturen voor de opvolgende transport- en hypotheekakten. Daarmee is volgens het hof het provisieverbod¹³⁴ ontboden. Het hof keert het dus om: de notaris is weliswaar degene die geld ontvangt, maar omdat het gaat om een (veel) te lage vergoeding voor de dienst die hij verleent, kan dat als een op geld waardeerbare tegemoetkoming (provisie) worden aangemerkt. Ook wordt vastgesteld dat de notarissen in casu in strijd hebben gehandeld met de Beleidsregel Adverteren. Het hof overwoog als volgt: 'Het Hof onderschrijft dat de grens tussen het ambt van notaris en het vrije ondernemerschap nog niet is uitgekristalliseerd, maar acht het voorliggende (structurele) arrangement meer dan alleen het aftasten van die grens.' In dat laatste zal de reden zijn gelegen dat in deze casus aan de innovator wel een straf is opgelegd.

¹³¹ Hof Amsterdam 30 maart 2006, RN 06/40, LJN AV 7725.

¹³² De Notariskamer van het Hof Amsterdam maakt, anders dan de Kamers van Toezicht, wel deel uit van de rechterlijke macht. Zoals in de Kamers van Toezicht per definitie notarisleden zitten, zo hebben in de Notariskamer ook af en toe één of meer raadsheren(-plaatsvervanger) met ervaring in de notariële praktijk zitting. Dit laatste zou in het notariële tuchtrecht standaard moeten zijn. Het is een gevaarlijk gemis als het geluid uit de notariële praktijk niet in Raadkamer wordt gehoord.

¹³³ Hof Amsterdam 30 juni 2009, LJN BJ 1678.

¹³⁴ Artikel 12 lid 2 Verordening beroeps- en gedragsregels.

Een van de aldus met een waarschuwing gestrafte notarissen haakt in zijn publieke commentaar daarbij aan en stelt dat het moeilijk is om zo nog innovatief te zijn.

De spagaat voor de innoverende notaris is voorstelbaar. Enerzijds worden de notarissen door de wetgever en de overheid aangemoedigd om te innoveren. Anderzijds zijn er de deontologische en andere regels, die grenzen aangeven en het is aan de tuchtrechter om die grenzen duidelijk te markeren. Actus is een en andermaal innoverend en zoekt voortdurend nieuwe wegen. Was het in de Rotterdamse casus de plicht tot Belehrung(informatie) die onvoldoende werd nagekomen, in het arrest van 30 juni 2009 waren het de overtreding van het provisieverbod en de beleidsregel adverteren. De € 16 per akte is weinig, zelfs in relatie tot de inmiddels zo veel lagere transporttarieven, maar toch had de uitspraak ook anders kunnen uitvallen.¹³⁵ Lekkerkerker geeft aan weinig begrip te hebben voor deze uitspraak, hij vindt dit tuchtrecht zoals het niet moet zijn. Hij pleit ook voor een versimpeld verbod op retourprovisie.¹³⁶ De reactie van de bestrafte notaris en het commentaar van Lekkerkerker zijn voorstelbaar. Lekkerkerker pleit ook voor aanpassing van de provisieregels. Echter, zolang die luiden zoals ze nu luiden, zullen notarissen en ook het hof het toch met die regelgeving moeten doen en daar past de uitspraak bij. Waaijer is van mening dat het provisieverbod moet worden gehandhaafd.¹³⁷ Ik ben het daarmee eens.

Overigens is de onzekerheid bij innoverende notarissen inherent aan een ex post toezicht, zoals dat in het notariaat bestaat. Stukje bij beetje wordt inmiddels wel duidelijk waar de grenzen in de nieuwe regelgeving liggen. Er zijn inmiddels verscheidene arresten over gecompliceerde nieuwe rechtsvragen. Daarmee worden nieuwe grenzen en mogelijkheden aangegeven, daar waar de regelgeving van de Wna en de KNB op zich onvoldoende duidelijkheid verschaffen. Goed dat deze extra notariële regelgever bestaat en waar nodig onduidelijkheden opheft, grenzen stelt en daarbij evenzeer als de wetgever en de KNB de proportionaliteit en de redelijkerwijs te veronderstellen noodzakelijkheid afweegt.

Ook andere rechters dan de tuchtrechters dragen bij aan nieuwe regels voor het notariaat:

- de civiele rechter met als meest sprekende voorbeeld wellicht het ‘Baarns beslag’;¹³⁸
- de strafrechter, die normen stelt en nader zal stellen omtrent zwartgeldtransacties en wat te zeggen van (onterechte privé)opnamen door de notaris van

¹³⁵ Deze uitspraak genereerde nogal wat publiciteit, omdat er volgens de pers sprake was van een topnotaris. De desbetreffende notaris Eskens maakte op het moment van de uitspraak deel uit van het KNB-bestuur. Hij heeft na deze uitspraak ervoor gekozen zijn bestuurszetel ter beschikking te stellen.

¹³⁶ Lekkerkerker, G., De goede notaris, over deontologie, preadvies KNB 2010, p. 45-46.

¹³⁷ WPNR, nr. 6856, 25 september 2010, p. 679.

¹³⁸ HR 30 januari 1981, NJ 1982/56 (Baarns beslag).

de derdengeldrekening (de kwaliteitsrekening)¹³⁹. Die handeling is niet alleen tuchtrechtelijk laakbaar, maar zou door de strafrechter ook als verduistering kunnen worden aangemerkt;

- en in geringere mate de bestuursrechter voor (de wettelijke) werkzaamheden van de notaris.

Al die rechters wijzen vonnissen en arresten, waaraan ook voor de notaris soms regels zijn te ontlelen.

2.6. Resumé notariële regelgevers

Het notariaat kent dus een aantal regelgevers, in volgorde van zwaarte:

- de nationale wetgever;
- de KNB door middel van haar verordeningen en andere besluiten;
- de rechterlijke macht met als belangrijkste exponent de tuchtrechter, maar verder ook de civiele, de straf- en de bestuursrechter;
- de mededingingsautoriteit, onder voorbehoud.

De wetgever is een belangrijke regelgever. In principe kan die echter niet zo snel op veranderende omstandigheden reageren, hoewel de Wna 1999 na monitoring en vooral op basis van het rapport-Hammerstein al na een ruim decennium is aangepast, wat relatief spoedig is.

De KNB kan als regelgever eerder reageren en doet dat veelal ook, maar de KNB is jammer genoeg wel beperkt in haar mogelijkheden. De beperkingen die de Wna geeft in artikel 89 lid 2 Wna ten aanzien van de woorden ‘strikt noodzakelijk’ zijn niet nodig en kan zelfs marktverstoring werken. Het eerste lid geeft zo’n forse en belangrijke opdracht aan de KNB, dat de uitvoering daarvan niet onnodig beperkt behoort te worden. De mogelijkheden van de KNB om door middel van verordeningen onderwerpen te regelen zijn bij amendement onterecht beperkt. De taak van het Gerechtshof Amsterdam (de notariskamer) wordt daardoor onnodig verzwakt.

De rechterlijke macht is een adequate regelgever op tal van rechtsgebieden. Toch moet wetgever alles in het werk stellen om, aldus met een bredere basis, de rechtsregels te stellen.

Voor de NMa is op het gebied van de notariële regelgeving geen taak weggelegd. De goedkeuring door Justitie van de KNB-regelgeving geeft daaraan een overheidskenmerk, waardoor deze buiten de scope van de NMa is gekomen.

¹³⁹ Artikel 25 Wna.

3. Het belang van vrijverkeersbepalingen en mededingingsregels voor de notaris

3.1. Inleiding

In dit hoofdstuk zullen de mededingingsregels en de vraag of en in hoeverre die regels op het notariaat van toepassing zijn, nader worden behandeld. In relatie tot het notariaat zullen in dit boek in het mededingingsrecht twee lijnen worden onderscheiden:

1. de positie van de notaris;
2. de positie van de beroepsorganisatie KNB.

De notaris zal in dit hoofdstuk aan de orde komen. De KNB wordt in hoofdstuk 4 behandeld. Achtereenvolgens zal een overzicht worden gegeven van de relevante rechtregels in zowel het VWEU, de Mw, de Wna en die welke te ontleen zijn aan de relevante jurisprudentie.

Van belang is de vraag:

- of de notaris als ondernemer kwalificeert doordat hij een economische activiteit uitoefent;
- of hij geacht kan worden met overheidsgezag belast te zijn;
- of hij geacht kan worden overheidsprerogatieven uit te oefenen;
- welke consequenties een en ander heeft.

Er zullen hierna voorbeelden worden gegeven van situaties waarin niet en waarin wel geacht werd sprake te zijn van overheidsgezag. Aangegeven zal worden welke richting daaruit valt te distilleren.

De kwestie van al dan niet overheidsgezag voor de notaris is ook aan de orde geweest bij de behandeling van de dienstenrichtlijn en de wens van de Europese Commissie om de notaris in alle landen van de EU als zodanig toe te laten en te laten functioneren. Die beide onderwerpen zullen in dit hoofdstuk nader worden behandeld.

Het notariaat zal worden besproken in aard, werkwijze en belang voor de samenleving. In zijn algemeenheid zal een karakterisering van het Nederlandse notariaat worden gegeven.

3.2. Het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie

Op 25 maart 1957 werd in Rome het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (EEG-Verdrag) getekend door het Koninkrijk België, de Bondsrepubliek Duitsland, de Republiek Frankrijk, de Republiek Italië, het Groothertogdom Luxemburg en het Koninkrijk der Nederlanden. Dezelfde landen hadden al eerder de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS) opgericht. Het EEG-Verdrag werd op 1 januari 1958 van kracht en wordt ook het Verdrag van Rome genoemd.

Het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) is een gewijzigde versie van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, dat eerder al werd gewijzigd in het 'Verdrag van Maastricht' (EG).

Het VWEU vormt samen met het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) de basis van de EU.

Uiteindelijk is de titel van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon geworden: Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).¹⁴⁰

Tal van punten uit het VWEU worden in verklaringen en protocollen verder uitgelegd en uitgewerkt, die aan het Verdrag zijn gehecht.

Bij het (toen nog) EEG-Verdrag hebben zich na de eerste zes landen achtereenvolgens nog aangesloten:

- in 1973 de landen: het Koninkrijk Denemarken, het Verenigd Koninkrijk en Ierland;¹⁴¹
- in 1981 de landen: de Republiek Griekenland (sinds 1974 de derde Helleense republiek);
- in 1986 de landen: de Republiek Portugal en het Koninkrijk Spanje;

¹⁴⁰ Ook andere termen in het Verdrag zijn veranderd:

- 'de EU' en 'de Europese Gemeenschap' zijn geworden 'de Unie';
- 'van de Europese Gemeenschappen', of 'van de Europese Unie' is voortaan: 'van de Europese Unie';
- 'van de gemeenschap' is voortaan: 'van de Unie';
- 'gemeenschappelijke markt' voortaan 'interne markt';
- 'het Europese Hof van Justitie' heet voortaan 'het Hof van Justitie van de Europese Unie';
- 'het Gerecht van Eerste Aanleg' heet voortaan 'Gerecht';
- het 'Verdrag betreffende de Europese Unie' is gelijk gebleven;
- ten slotte zijn alle, voor het onderwerp van dit boek, relevante verdragsartikelen vernummerd. De belangrijkste onderdelen van het Verdrag betreffen:
 - de afbakening van de bevoegdheden van de Europese Unie;
 - de beginselen van de interne markt en de daaraan verbonden rechten voor de burgers (dat is het onderwerp waarmee dit boek zich zal bezighouden);
 - het specificeren op welke beleidsterreinen de Europese Unie samenwerkt;
 - de bevoegdheden en structuur van alle Europese instellingen;
 - het vastleggen van de besluitvormingsprocedures.

¹⁴¹ Sinds 1937 is het inderdaad kortweg Ierland, de officiële, protocollaire naam, zonder toevoeging republiek.

- in 1995 de landen: de Bondsrepubliek Oostenrijk, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden;
- in 2004 de landen: de Republiek Cyprus (te onderscheiden van de Turkse republiek van Noord-Cyprus), de Republieken Estland, Hongarije, Letland, Litouwen, Malta, Polen, Slovenië, Slowakije en Tsjechië;
- in 2007 de landen: de Republieken Bulgarije en Roemenië.

Van deze 27 lidstaten kennen 21 landen een vorm van Latijns notariaat. Van deze 21 landen hebben er uiteindelijk 17 meegewerkt aan het in het kader van dit boek verrichte onderzoek naar de reguleringen van die notariaten, waarvan de meeste via de officiële kanalen¹⁴² en een viertal¹⁴³ via vooraanstaande, goed ingevoerde notarissen (met ook functies in notariële organisaties respectievelijk notariële wetenschap). In een aantal gevallen is ook nog aanvullende informatie op andere wijze ingebracht.

Ik zal mij in dit boek concentreren op de vrijverkeers- en mededingingsaspecten van het VWEU. Vrije en onvervalste mededinging is altijd een prominent middel geweest om de doelstelling van de EEG/EG/EU te realiseren. Toch heeft de (toen net aangetreden) Franse president Sarkozy na het nee ook in zijn land tegen de Europese grondwet een succesje behaald op de top in 2007 in Duitsland. Die top stond onder leiding van de Duitse Bondskanselier Angela Merkel. Op voorspraak van Sarkozy verdween uit de ontwerptekst van de Europese Unie de vrije en onvervalste concurrentie als middel om de doelstellingen van de EU te bereiken.¹⁴⁴ Een vergelijkbare tekst had altijd wel in artikel 3 lid 1 letter g EG gestaan.¹⁴⁵ De specifieke mededingingsbepalingen, nu de artikelen 101 e.v. VWEU, maar ook artikel 119 VWEU¹⁴⁶ inzake het economisch en monetair beleid bepalen in wezen de beleidsruimte. Toch is de algemene doelstelling uit de concepttekst vrije en onvervalste concurrentie verhuisd naar een bijlage, een protocol. Voor de Franse president was het zeker geen puur cosmetische beweging. Het neoliberalistische karakter was volgens Sarkozy een belangrijke reden voor het Franse *non* tegen de eerdere grondwet. De verhuizing van de tekst heeft misschien niet direct

¹⁴² De landelijke beroepsorganisaties.

¹⁴³ België, Duitsland, Frankrijk en Luxemburg.

¹⁴⁴ Terwijl in protocol 27 toch vrijwel dezelfde tekst staat: de markt binnen grenzen, zoals bepaald in artikel van het Verdrag voor de Europese Unie, bevat een systeem dat een onvervalste concurrentie garandeert. Weliswaar een minder prominente plaats, maar wel opgenomen in het protocol dat ex artikel 51 VEU dezelfde juridische status heeft als het Verdrag, omdat de protocollen en bijlagen bij de Verdragen daarvan een integrerend deel uitmaken.

¹⁴⁵ Artikel 3 lid 1g EG: een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst.

¹⁴⁶ Artikel 119 VWEU (oud 4 EG): lid 1 (...) de invoering van een economisch beleid dat gebaseerd is op de nauwe coördinatie van het economisch beleid van de lidstaten, op de interne markt en op de uitwerking van de gemeenschappelijke doelstellingen en dat wordt gevormd met inachtneming van het beginsel van een openmarkteconomie met vrije mededinging.

juridische betekenis, maar er wordt wel een enigszins veranderde prioriteit mee aangegeven. De politiek heeft daarmee een signaal afgegeven.¹⁴⁷

Amtenbrink en Van de Gronden menen dat deze verhuizing van de algemene mededingingsrechtelijke doelstelling op korte termijn weliswaar geen grote gevolgen zal hebben voor het mededingingsrecht en de interne markt, maar zij menen ook dat het nog maar de vraag is of deze conclusie ook op lange termijn overeind blijft¹⁴⁸ en dat door het groeiende verzet tegen marktwerking en vrije concurrentie instellingen van de EU, zoals het hof, ontmoedigd zouden kunnen worden om in hun handelen te veel de nadruk te leggen op deze uitgangspunten. Zij zijn ook van mening dat verschillende algemene bepalingen uit het VWEU, zoals artikel 9, het HvJ EU zullen aanmoedigen om verder gestalte te geven aan het integreren van niet-mededingingsbelangen in de toepassing van het mededingingsrecht. Als voorbeelden waarin het Hof al rekening heeft gehouden met niet-mededingingsaspecten noemen zij de arresten:

- Albany, waarin ook rekening wordt gehouden met activiteiten in de sociale sfeer;¹⁴⁹
- Wouters, waarin rekening wordt gehouden met deontologische regels en waar bovendien de nationale context in aanmerking wordt genomen;¹⁵⁰
- Meca-Medina, waarin rekening wordt gehouden met antidopingregels van de sportbonden.¹⁵¹

Het blijft voornamelijk de vraag of het verplaatsen van de voormelde algemene doelstelling uit het VWEU inderdaad invloed zal hebben op de verdere ontwikkeling van de Europese rechtspraak op het gebied van de mededinging. Als andere belangen, als die waarvan voorbeelden zijn gegeven, zoals bij Wouters, waar bovendien de nationale component extra aandacht heeft gekregen,¹⁵² inderdaad wel in toenemende mate deel gaan uitmaken van de uitspraken van het HvJ EU en het Gerecht, dan is dat niet zozeer een koerswijziging als wel een voortzetting van een reeds ingezette lijn. Een lijn die door de verdragspartners met het honoreren van de verhuisactie van Sarkozy alleen maar is aangemoedigd.

Loozen meent dat de wijziging van het Verdrag géén wijziging meebrengt als het gaat om de plaats die het mededingingsbeleid in het Europese bestel inneemt.¹⁵³ Ook wanneer het mededingingsbeleid geen doelstelling van de Europese Unie

¹⁴⁷ Artikel 14 VWEU stipuleert wel weer de plaats die diensten van algemeen economisch belang innemen in de gemeenschappelijke waarden van de Unie.

¹⁴⁸ Amtenbrink en Van de Gronden, *Economisch recht en het Verdrag van Lissabon I: mededinging en interne markt*, SEW, tijdschrift voor Europees en Economisch recht, 2008, 146.

¹⁴⁹ Zaak C-87/96 en gevoegde zaken, 1999 (Albany).

¹⁵⁰ HvJ EU 19 februari 2002, zaak C-309/99, 2002 (Wouters).

¹⁵¹ Zaak C-519/04, 2006 (Meca-Medina).

¹⁵² Zaak C-309/99 (Wouters), punt 105: gelet op de in die lidstaat heersende opvattingen over dit beroep.

¹⁵³ Loozen, E. in SEW, 2009, 43.

uitmaakt, dan nog is het volgens Loozen wenselijk dat de mededingingsregels strikt worden uitgelegd.

Appeldoorn/Vedder¹⁵⁴ stellen met name vanuit de nuttig-effectregel (*effet utile*) dat het Verdrag van Lissabon, ondanks de wens van Sarkozy, geen afbreuk kan doen aan deze nuttig-effectregel. Dat is dan wellicht in strikt formele zin bedoeld, want vervolgens vermelden zij dat niet kan worden uitgesloten dat het HvJ EU de politieke boodschap van de lidstaten oppikt en de nuttig-effectregel een minder vergaande interpretatie geeft. Recente rechtspraak inzake de nuttig-effectdoctrine lijkt de lidstaten inderdaad deze extra ruimte te geven.¹⁵⁵ Zeker, de mededingingsregels staan nog allemaal in het VWEU en een middel om de algemene doelstelling te realiseren is alleen maar verplaatst naar een protocol dat wel dezelfde juridische status heeft. Het kan haast niet anders dan toch wel effect hebben als de lidstaten hun visitekaartje aldus hebben afgegeven. Het Hof zal daar, zeker op termijn, enigermate rekening mee gaan houden en in die zin wordt in dit boek aangesloten bij het tweede deel van de opmerkingen van Appeldoorn/Vedder, die ervan uitgaan dat er meer ruimte voor de lidstaten zal gaan komen en de werking van de *effet utile* door het Hof minder vergaand geïnterpreteerd zal gaan worden.

In deze dissertatie zullen besproken worden:

1. de vrijverkeersbepalingen, te weten:
 - a. het verbod van beperkingen van de vrijheid van vestiging van onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat.¹⁵⁶ Die vrijheid van vestiging omvat de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan, alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen. Die vrijheid van vestiging is, wat de betrokken lidstaat betreft, niet van toepassing op de werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag in deze staat, zelfs indien deze werkzaamheden slechts voor een bepaalde gelegenheid geschieden;¹⁵⁷
 - b. het verbod van beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de EU ten aanzien van de onderdanen van de lidstaten die in een ander land zijn gevestigd.¹⁵⁸ De diensten omvatten onder meer de werkzaamheden van de vrije beroepen.¹⁵⁹ De vrije verrichting van diensten in elke lidstaat geldt niet ten aanzien van diensten ter uitoefening van het openbaar gezag, wederom zelfs niet indien dit slechts voor een bepaalde gelegenheid geschiedt;¹⁶⁰

¹⁵⁴ Appeldoorn/Vedder, Mededingingsrecht, Groningen: Europa Law Publishing 2010, p. 200-201.

¹⁵⁵ Cipolla en gevoegde zaken C-94/94 en C-202/94, r.o. 46-54.

¹⁵⁶ Artikel 49 VWEU.

¹⁵⁷ Artikel 51 VWEU.

¹⁵⁸ Artikel 56 VWEU.

¹⁵⁹ Artikel 57 lid d VWEU.

¹⁶⁰ Artikel 62 en 51 VWEU.

2. de mededingingsregels, te weten:
 - a. het kartelverbod,¹⁶¹ ofwel de regel dat onverenigbaar met de interne markt en verboden zijn, alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst;
 - b. het verbod van misbruik van een machtspositie;¹⁶² het is eveneens onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden (voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed) dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk onderdeel daarvan. Met name de positie van de notaris zal in dat verband in dit boek leidend zijn. Voor de positie van de notaris in het Europese recht respectievelijk de nationale mededingingswetten, is het van belang of:
 - inzake de vrijverkeersbepalingen de notaris geacht kan worden openbaar gezag uit te oefenen;
 - inzake de mededingingsbepalingen:
 - de notaris geacht kan worden een onderneming te voeren; om onder het begrip onderneming te vallen is een economische activiteit vereist;
 - er door de notaris overheidsprerogatieven worden uitgeoefend¹⁶³ en wat daarvan de consequenties zouden kunnen zijn;
 - er een andere exceptie op de notaris van toepassing kan zijn en of en in hoeverre dat na de antwoorden op de voorgaande vragen nog wel relevant is en welke exceptie dan de voorkeur verdient.

3.3. De Mededingingswet

De EU-mededingingsregels zijn rechtstreeks van toepassing op de handel tussen de lidstaten. Zij hebben daar dus effect op. Voor het deel waarvoor dat niet het geval is, als er dus geen invloed is op de handel tussen lidstaten, als ze uitsluitend nationaal effect hebben, dan hebben de nationale wetgevers het wenselijk geacht daarvoor vergelijkbare nationale mededingingsregels in te voeren. Bovendien werd dat in overeenstemming geacht met het subsidiariteitsbeginsel, op basis waarvan de Europese Commissie zaken die onder de EU-mededingingsregels vallen, maar die primair een nationaal karakter hebben, aan de nationale mededingingsautoriteiten overlaat.

¹⁶¹ Artikel 101 VWEU.

¹⁶² Artikel 102 VWEU.

¹⁶³ Zaak C-343/95 (Diego Cali) en zaak C-364/92 (SAT Fluggesellschaft tegen Eurocontrol).

De Nederlandse Mededingingswet (Mw) verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.¹⁶⁴ Dergelijke overeenkomsten en gedragingen zijn van rechtswege nietig. Dat is vergelijkbaar met het kartelverbod zoals dat in artikel 101 lid 1 VWEU is geregeld. Ook het verbod van misbruik van een economische machtspositie wordt in de Mededingingswet geregeld.¹⁶⁵

Uitzonderingen op het kartelverbod en het verbod van misbruik van een economische machtspositie

Op het verbod van mededingingsafspraken (kartelverbod) is een uitzondering gegeven in verband met het vervullen van bijzondere taken.¹⁶⁶ Het betreft dan de situatie waarbij ten minste één onderneming of ondernemingsvereniging betrokken is die bij wettelijk voorschrift of door een bestuursorgaan is belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, waarin dan bovendien de hoofdregel van artikel 6 Mw ten aanzien van het verbod van misbruik van een economische machtspositie, de vervulling van de aan die ondernemer of ondernemersvereniging toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. Ook ten aanzien van het misbruik van een machtspositie is een vergelijkbare uitzondering in de wet opgenomen.¹⁶⁷ Ter zake van beide uitzonderingsartikelen gold in het wetsvoorstel een generieke vrijstelling (zoals die geldt in de vergelijkbare regeling van het VWEU). Deze vrijstelling is echter door aanvaarding van het amendement De Koning c.s..¹⁶⁸

- bij de machtspositie vervangen door een ontheffingsmogelijkheid,
- terwijl bij het kartelverbod een vergelijkbaar amendement is teruggetrokken en de generieke werking daar wel is gehandhaafd.

Vanzelfsprekend is voor essentiële bepalingen van het VWEU die het vrij verkeer van personen en diensten voor de onderdanen van een EU-lidstaat in een andere lidstaat regelen, in een nationale wetgeving geen plaats. Een bepaling als in artikel 51 jo. 62 VWEU, opgenomen voor de uitzondering van de vrijheid van vestiging en de opheffing van de beperking op de vrijheid van dienstverlening, treffen we in de nationale werking hebbende Mededingingswet niet aan.

¹⁶⁴ Artikel 6 lid 1 Mw.

¹⁶⁵ Artikel 24 Mw, te vergelijken met artikel 102 VWEU.

¹⁶⁶ Artikel 11 Mw.

¹⁶⁷ Artikel 25 Mw.

¹⁶⁸ Kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 23, een vergelijkbaar amendement op artikel 11 is ingetrokken.

Nederlandse Mededingingsautoriteit

Om de werkzaamheden ten behoeve van de uitvoering van de Mededingingswet te verrichten, is de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) in het leven geroepen, die inmiddels is omgevormd tot een zelfstandig bestuursorgaan.¹⁶⁹ De NMa kent een raad van bestuur.

De Mw, de notaris en de KNB

Om de mededinging nationaal verder te bevorderen zijn de volgende bepalingen uit de Mededingingswet relevant voor de positie van de notaris en de KNB:

1. het kartelverbod;
2. het verbod van misbruik van een economische machtspositie.

De antwoorden op de vragen gesteld in het slot van de voorgaande paragraaf zijn ook in het nationale mededingingsrecht relevant voor de beoordeling van de positie van notaris en KNB.

Verband Mw en VWEU

De uitzonderingsbepalingen in de Mededingingswet op het kartelverbod en het verbod van misbruik van een economische machtspositie sluiten zo veel mogelijk aan bij de tekst van artikel 106 lid 2 VWEU. Evenals het geval is voor andere onderdelen van de Mededingingswet zullen ook de uitzonderingsbepalingen uitgelegd worden conform de beschikkingenpraktijk van de Commissie en de jurisprudentie van het Gerecht en van het HvJ EU.¹⁷⁰

3.4. Beginsel van voorrang tussen het nationale en het Europese mededingingsrecht

In het VWEU is geen regeling opgenomen omtrent het beginsel van voorrang tussen het nationale en het Europese mededingingsrecht. Uit de Europese jurisprudentie blijkt wel dat aan de werking van het Europese mededingingsrecht niet mag worden afgedaan. De zaak *Walt Wilhelm* (en anderen) tegen het Duitse *Bundeskartellamt*¹⁷¹ geeft dat aan. Het gaat daarbij om de volgende overweging van het Hof:

‘Dat derhalve (...) de nationale gezagsorganen krachtens het nationale recht naar aanleiding van een ondernemersafpraak mogen optreden, ook wanneer voor de commissie in onderzoek is in hoeverre bedoelde afspraak zich met de voorschriften

¹⁶⁹ Stb. 2005, 172.

¹⁷⁰ Kamerstukken II, 1995-1996, 24 707, nr. 3, p. 64 (MvT).

¹⁷¹ HvJ EU 13 februari 1969, zaak 14/6 (*Walt Wilhelm*), r.o. 9.

van het EU-recht verdraagt, met dien verstande dat deze toepassing van het nationale recht aan een volledige en uniforme toepassing van het EU-recht – en aan de werking der uitvoeringsbesluiten – geen afbreuk mag doen.’

Voorrang dus voor artikel 101 e.v. VWEU, boven de Mededingingswet. Deze verhouding tussen het Europese en het nationale mededingingsrecht is nader uitgewerkt in een EU-verordening.¹⁷² Die bepaling geeft onder meer aan dat wanneer de mededingingsautoriteiten van de lidstaten of de nationale rechterlijke instanties het nationale mededingingsrecht toepassen op door artikel 102 VWEU verboden misbruiken, dat zij dan ook artikel 102 VWEU behoren toe te passen: een parallelle toepassing van Europese en nationale regels derhalve. Teneinde een gelijke toepassing van het Verdrag in de gehele Europese Gemeenschap te bewerkstelligen, zal steeds het Europese recht voorrang moeten worden verleend.

3.5. Marktwerking ook getoetst uit hoofde van de Wet op het notarisambt

Zoals eerder gemeld mogen de verordeningen van de KNB de marktwerking niet onnodig beperken, wat tijdens het wetgevingsproces aan lid 2 van artikel 89 werd toegevoegd. Temidden van het krachtenveld van overige mededingingsregels, zoals hiervoor omschreven, werd deze toevoeging aan artikel 89 Wna een marktwerkingsinstrument, specifiek voor het notariaat, een mechanisme te hanteren en te toetsen door respectievelijk de KNB en de minister van Justitie. In ieder geval ging in de afweging van belangen bij de vaststelling van verordeningen en de goedkeuring daarvan ook de marktwerking een rol spelen. Het is opvallend dat deze bepaling van artikel 89 lid 2 Wna is opgenomen, naast de toen net in 1997 vastgestelde Mededingingswet.

De wetgever heeft in de Wna 1999 de marktwerking rechtstreeks bevorderd, maar heeft ook de verordeningen van de KNB op marktwerking willen toetsen. Daar waar de notaris voor eigen rekening en risico het ambt uitoefent, heeft de beroepsuitoefening elementen van een onderneming in zich. Maar wat wordt in het mededingingsrecht onder een onderneming verstaan?

¹⁷² Verordening (EU) nr. 1/2003 van de Raad, van 16 december 2002, artikel 3.

3.6. Een onderneming in de zin van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en de Mededingingswet

Het begrip onderneming is in het VWEU niet gedefinieerd,¹⁷³ maar in verscheidene uitspraken geeft het Europese Hof van Justitie aan wat het begrip onderneming inhoudt en dat is: elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en ongeacht de wijze waarop zij wordt gefinancierd.

Onder economische activiteit verstaat het Hof: iedere activiteit die bestaat in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt.¹⁷⁴ Of de onderneming een publiekrechtelijk orgaan is, maakt voor de toepassing van de mededingingsregels niet uit, althans voor zover de toepassing van deze regels de vervulling van de toevertrouwde taak niet verhindert, aldus het Europese Hof in *Höfner-Elser*.¹⁷⁵ Het is ook niet relevant of de entiteit al dan niet een winsttoogmerk heeft,¹⁷⁶ of dat het al dan niet is opgezet met economische intenties.¹⁷⁷ Op verzoek van de Franse *Conseil d'Etat* heeft het Europese Hof van Justitie het Verdrag nader uitgelegd.¹⁷⁸ Volgens die uitspraak is ook een onderneming in de zin van de artikelen 101 e.v. VWEU een orgaan:

- zonder winsttoogmerk,
- dat is belast met het beheer van een als aanvulling van een verplicht basisstelsel bedoeld stelsel van ouderdomsverzekering,
- dat bij wet als facultatief stelsel is ingevoerd en
- met inachtneming van de door de daartoe bevoegde autoriteiten vastgestelde bepalingen, met name inzake aansluitingsvoorwaarden, bijdragen en uitkeringen, werkt volgens het kapitalisatiebeginsel.

Zelfs ten aanzien van de overheid zelf kan sprake zijn van economische activiteiten die onder het mededingingsrecht vallen.¹⁷⁹ Het in Richtlijn 80/723/EEG (inmiddels vervangen door Richtlijn 2005/81/EG van de Commissie, van 28 november

173 Echter, Immenga/Mestmäcker in Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, München 2007, p. 135: Eine ausdrückliche Definition des Unternehmensbegriffs findet sich jedoch in dem in diesen Zusammenhang häufig zitierten Art. 1 des Protokolls 22 zum EWR-Abkommen, nachdem als Unternehmen 'jedes Rechtssubjekt (gilt), das eine kommerzielle oder wirtschaftliche Tätigkeit ausübt'.

174 Arresten van het Europese Hof van Justitie: *Höfner en Elser* tegen *Macrotron GmbH*, zaak C-41/90, r.o. 21; *Fédération française des sociétés d'assurances e.a.*, zaak C-244/94, r.o. 14; *Job Centre II*, zaak C- 55/96, r.o. 21; *Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen de Italiaanse Republiek*, zaak C-35/96, r.o. 36.

175 *Höfner-Elser*, zaak C-41/90.

176 *IAZ International België SA* tegen de commissie, zaak C-96/82; *Albany International BV* tegen *Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, zaak C-67/96.

177 *Italië* tegen *Sacchi*, zaak 155/73.

178 *Fédération française des sociétés d'assurances e.a.*, zaak C-244/94, zie daarvoor onder 7) in het dictum.

179 HR 16 januari 2009, Co7/170HR, LJN BG3582 (*Gemeente Heerlen* tegen *Whizz Croissanterie v.o.f.*): de Hoge Raad bevestigt de overweging van het Hof dat de Gemeente in de onderhavige zaak als onderneming moet worden beschouwd.

2005¹⁸⁰) betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en binnen bepaalde bedrijven bedoelde onderscheid tussen overheden en openbare bedrijven, vloeit voort uit de erkenning van het feit dat het handelen van de Staat:

- ofwel uitoefening van overheidsgezag kan zijn,
- ofwel het verrichten van economische activiteiten van industriële of commerciële aard, bestaande uit het aanbieden van goederen en diensten op de markt.

Om dit onderscheid te kunnen maken, is het noodzakelijk de door de Staat verrichte activiteiten van geval tot geval te onderzoeken en vast te stellen tot welke categorie zij behoren. Bij het beantwoorden van deze vraag is het irrelevant of de activiteit wordt verricht binnen een door het nationale recht verleende, van de Staat onderscheiden rechtspersoonlijkheid.¹⁸¹

Dienstverlening valt in zijn algemeenheid ook onder de mededingingsregels. De Europese Commissie heeft uitgesproken dat ook de dienstverlening van architecten moet worden aangemerkt als het uitoefenen van een onderneming.¹⁸² In de procedure van de orthopedisch chirurg Pavel Pavlov e.a. tegen de Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, herhaalt het HvJ EU dat in het raam van het mededingingsrecht het begrip onderneming iedere entiteit dekt die zich bezighoudt met een economische activiteit, onverschillig de rechtsvorm of de wijze waarop de financiering plaatsvindt.¹⁸³

Meer specifiek stelt het HvJ EU¹⁸⁴ dat de medische specialisten die lid zijn van de Landelijke Specialisten Vereniging (LSV)¹⁸⁵ in hun hoedanigheid van zelfstandige participanten in het economisch verkeer diensten verlenen in een markt, te weten de markt van de specialistische medische zorg. Zij worden betaald door hun patiënten voor de diensten die zij verlenen en aanvaarden de financiële risico's die met die activiteiten verband houden.¹⁸⁶ Daarmee heeft het HvJ EU duidelijk gemaakt dat in principe ook de vrije beroepbeoefenaar onder de mededingingsregels valt.¹⁸⁷ Van de Gronden merkt op dat diensten alleen onder het mededingingsrecht vallen indien zij op de markt, dus gewoonlijk tegen betaling, worden aangeboden. Ook geeft hij aan dat het mededingingsrecht, anders dan het regime voor het vrije verkeer, geen aparte regimes heeft voor goederen, diensten

180 PbEU L 312/47.

181 HvJ EU 16 juni 1987, C-118/85, r.o. 7 (Commissie/Italië).

182 PB 2005 L 4/10, Europese Commissie beschikking van 24 juni 2004.

183 Zaak C-180-184/98 (Pavlov), r.o. 74.

184 Zaak C-180-184/98 (Pavlov), r.o. 76.

185 Tegenwoordig genaamd: OMS, Orde van Medisch Specialisten.

186 Zaak C-180-184/98 (Pavlov), r.o. 76.

187 C-180/98 tot C 184/98 (Pavlov en gevoegde zaken).

en vestiging. Het gaat om één regime voor deze activiteiten.¹⁸⁸ Notarissen verlenen net als de medisch specialisten diensten.

Hoewel dus het begrip onderneming in het VWEU niet is gedefinieerd, bestaat er aldus een vaste jurisprudentie waaruit het ondernemingsbegrip kan worden gedistilleerd.

Het is het voor het al dan niet onder het begrip onderneming vallen dus niet relevant of:

- er al dan niet sprake is van een publiekrechtelijk orgaan;
- er al dan niet winst wordt gemaakt;
- de entiteit al dan niet is opgericht met economische intenties.

Zelfs de overheid kan economische activiteiten verrichten die onder de mededingingsregels vallen. Ook is herhaaldelijk uitgemaakt dat de dienstverleners, de vrije beroepers (bijvoorbeeld architecten en medici), onder de mededingingsregels vallen. Aldus lijkt ook de notaris duidelijk economische activiteiten te verrichten. Er bestaan echter uitzonderingen op het begrip economische activiteiten en dat zijn:

- de exceptie voor overheidsprerogatieven; en
- de exceptie voor niet-markteconomische activiteiten.

Overheidsprerogatieven zijn te onderscheiden van overheidsgezag, hoe zeer de beide begrippen ook verwant zijn en de theorieën over de één ook invloed hebben op de betekenis van de ander. Belast zijn met overheidsgezag (dit is het institutionele criterium) vormt met zoveel woorden een exceptie in de vrijverkeersbepalingen.¹⁸⁹ Daarentegen kan het belast zijn met het verwante begrip overheidsprerogatieven (dit is het functionele criterium) onder omstandigheden juist een exceptie vormen bij de mededingingsbepalingen.¹⁹⁰

3.7. Overheidsgezag en de Europese vrijverkeersregelingen

Het al dan niet belast zijn met overheidsgezag is van belang in relatie tot de artikelen 51 VWEU inzake de vrijheid van vestiging en artikel 56 VWEU inzake de vrijheid op het verrichten van diensten (waaronder die van de vrije beroepen) in de lidstaten. Die vrijheden zijn, wat de betrokken lidstaat betreft, niet van toepassing op de werkzaamheden ter uitoefening van het openbare gezag in die staat.¹⁹¹ In dit boek wordt de vraag behandeld of het notariaat met overheidsgezag is belast.

¹⁸⁸ Gronden, J.W. van den (oratie Nijmegen), Hervormingen in een dienstbaar Europa, uit de serie Europa in beeld, deel 4, Deventer: Kluwer 2008, p. 2 en 3.

¹⁸⁹ Artikel 51 e.v. en artikel 56 VWEU.

¹⁹⁰ Artikel 101 e.v. VWEU.

¹⁹¹ Artikel 51 en artikel 62 VWEU.

Indien dat het geval is, zijn de vrijheid van vestiging en de vrijheid tot het verrichten van diensten (afgezien van de regeling in de later in dit boek te behandelen dienstenrichtlijn) binnen de EU niet van toepassing op de notarissen.

3.7.1. *Instanties die ondanks hun (quasi)publieke karakter niet geacht worden (gedelegeerd) overheidsgezag uit te oefenen*

Vanuit de bestaande Verdragstekst is het uiteindelijk het HvJ EU dat in laatste instantie uitmaakt hoe het VWEU moet worden uitgelegd. Zo is in de vorige paragraaf aangegeven wat volgens het Hof onder een onderneming moet worden verstaan. Evenzo heeft het Hof zich in enkele gevallen uitgesproken wanneer een instantie geacht wordt wel of niet (gedelegeerd) overheidsgezag uit te oefenen. In ieder geval is er een groot aantal uitspraken dat handelt over de vraag of publieke of semipublieke entiteiten al dan niet een economische activiteit verrichten.

In deze paragraaf komen entiteiten aan de orde die ondanks hun (quasi)publieke karakter toch door het Hof geacht worden niet met overheidsgezag belast te zijn:

- rapporten van experts inzake verkeersongevallen binden de gerechten niet en tasten de beoordeling door de rechter niet aan; de werkzaamheden van gerechtelijke deskundigen op dit gebied werden niet geacht onder de uitoefening van openbaar gezag te vallen;¹⁹²
- werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag in een lidstaat, zelfs indien deze slechts voor een bepaalde gelegenheid geschieden, moeten worden beperkt tot werkzaamheden welke, op zich beschouwd, een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag vormen; dit werd in het Thijssen-arrest niet het geval geacht voor de werkzaamheden die een erkend commissaris bij verzekeringsondernemingen en private voorzorginstellingen uitoefent;¹⁹³
- volgens het Europese Hof in het Reyners-arrest kunnen ook in het kader van een vrij beroep als dat van advocaat diens werkzaamheden als de consultatie en de rechtsbijstand, of de vertegenwoordiging en verdediging van partijen in rechte, ook indien het verrichten van werkzaamheden een in de wet vastgelegd of verplicht exclusief karakter heeft, op zichzelf niet worden aangemerkt als een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag;¹⁹⁴
- voor de toepassing van de Europese mededingingsregels valt ook de activiteit van douane-expediteurs onder het begrip onderneming, volgens het Hof waren

192 Zaak C-306/89 (Europese Commissie tegen de Helleense Republiek).

193 Zaak C-42/92 (Adrianus Thijssen tegen de controledienst voor de verzekeringen).

194 HvJ EU 21 juni 1974, zaak 2/74 (J. Reyners tegen de Belgische Staat (verzoek om prejudiciële beslissing, ingediend door de Belgische Raad van State)).

de douane-expediteurs niet als onafhankelijke deskundigen aan te merken en waren zij niet verplicht om bij de vaststelling van hun tarieven ook rekening te houden met onder meer het algemeen belang. Van (gedelegeerd) overheidsgezag was hier geen sprake;¹⁹⁵

- in een verzoek om een prejudiciële beslissing in het kader van openbaar gezag werd door het Hof vastgesteld dat het creëren van een machtspositie door de verlening van een uitsluitend recht in de zin van artikel 106 lid 1 VWEU, als zodanig nog geen overheidsgezag impliceert;¹⁹⁶
- rechtstreekse en specifieke deelneming aan het openbaar gezag (dat is de norm ontleend aan het Reyners-arrest, zie hiervoor) werd ook niet aanwezig geoordeeld ten aanzien van de activiteit van beveiligingsbedrijven en -personeel die bestaat in het verrichten van bewakings- en beschermingstaken op basis van privaatrechtelijke betrekkingen, waarvan de uitoefening niet inhoudt dat zij dwang kunnen uitoefenen; het enkel bijdragen aan de handhaving van de openbare veiligheid, een taak die aan eenieder kan toevallen, is immers geen uitoefening van openbaar gezag;¹⁹⁷
- dit standpunt werd bevestigd in de zaak van de Europese Commissie tegen het Koninkrijk België;¹⁹⁸
- private beveiligingsagenten zijn niet specifiek en speciaal betrokken bij de uitvoering van openbaar gezag.¹⁹⁹

Dan blijft over de vraag wanneer dan wel sprake is van overheidsgezag.

3.7.2. *Instanties die geacht worden wel met (gedelegeerd) overheidsgezag belast te zijn*

Zoals eerder opgemerkt, gaat het bij het overheidsgezag om een institutioneel criterium. Zo heeft het Europese Hof uitgesproken dat kapiteins en stuurlieden op koopvaardij schepen in de hoedanigheid (als instituut) van kapitein/stuurman deelnemen aan de uitoefening van het openbaar gezag.²⁰⁰ Taken die, in die casus, tezamen tot het overheidsgezag werden gerekend, waren: het voltrekken van huwelijken, het opmaken en passeren van testamenten, het notarieel opmaken van documenten en de inschrijving verzorgen in geboorte-, overlijdens- en huwelijksregisters, het handhaven van de veiligheid en politiebevoegdheid. Het betrof een specifieke en rechtstreekse deelneming aan het openbaar gezag, waarmee zij,

195 Zaak C-35/96 (EC tegen de Italiaanse Republiek (CNSD)).

196 Zaak C-55/96 (Job Centre II).

197 Zaak C-114/97 (EC tegen het Koninkrijk Spanje).

198 Zaak C-355/98 (EC tegen het Koninkrijk België).

199 Zaak C-283/99 (EC tegen de Italiaanse Republiek).

200 HvJ EU 30 september 2003, zaak C-405/01 (Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española), r.o. 42.

gedurende de periode dat zij (buitengaats) met de desbetreffende bevoegdheden waren belast, van de vrijverkeersbepalingen waren vrijgesteld.²⁰¹

3.7.3. *Overheidsprerogatieven*

Te onderscheiden van, maar verwant aan overheidsgezag zijn de overheidsprerogatieven: door de overheid toegekende voorrechten om bepaalde werkzaamheden in opdracht van de overheid uit te voeren. Dit is een functioneel criterium. In de literatuur worden deze begrippen consequent van elkaar onderscheiden. Maar in beide begrippen zijn het aan de overheid ontleende en door diezelfde overheid verleende rechten. Als van het ene begrip sprake is, zou de aanwezigheid voor dezelfde functionaris van het andere begrip wel eens zeer nabij kunnen zijn: overheidsgezag als instituut respectievelijk het door de overheid in functie verleende voorrecht om bepaalde werkzaamheden als prerogatieven te verrichten.

Situaties waarbij van overheidsprerogatieven (bevoegdheden van openbaar gezag) sprake was, zijn te vinden bij:

- SAT Fluggesellschaft MbH tegen Eurocontrol, over de werkzaamheden van Eurocontrol inzake de controle en de politie van het luchtruim;²⁰²
- Selex Sistemi, waarin het HvJ EU deze zienswijze heeft bevestigd en versterkt;²⁰³
- Diego-Cali, over de preventieve milieu-inspectietaken waarmee een privaatrechtelijk lichaam door de overheid in een petroleumhaven van een lidstaat is belast.²⁰⁴

In de volgende paragrafen zal de vraag worden behandeld of er wel of niet termen aanwezig zijn om te concluderen dat het instituut notaris geacht kan worden met overheidsgezag bekleed te zijn respectievelijk of de notarissen in hun functie van notaris overheidsprerogatieven uitoefenen en vervolgens wat daarvan de consequenties zijn voor de toepassing van de vrijverkeers- respectievelijk de mededingingsbepalingen op de notaris. Daartoe zal allereerst een nadere karakterisering van het notariaat worden gegeven, voor zover relevant in het kader van de beantwoording van die rechtsvragen.

201 Voor de kapiteins en stuurlieden golden deze bevoegdheden uitsluitend tijdens de zeereis en niet in de haven. Maar gedurende de periode dat zij die bevoegdheid wel hadden, waren zij belast met overheidsgezag. De notaris heeft zijn bevoegdheden gedurende zijn hele ambtsperiode, voor zover hij die althans niet aan zijn waarnemer heeft overgedragen.

202 Zaak C-364/92 (Sat fluggesellschaft MbH tegen Eurocontrol).

203 Zaak C-113/07 (Selex Sistemi).

204 Zaak C-343/95 (Diego Cali & Figli Srl tegen SEPG).

3.8. Een karakterisering van het notariaat

Een karakterisering van het notariaat is nodig om te kunnen komen tot een beoordeling van het notariaat in het kader van het al dan niet met overheidsgezag belast zijn en ten aanzien van de notaris om te kunnen beoordelen of de functies die hij uitoefent geacht kunnen worden overheidsprerogatieven te zijn. Daartoe zullen met name ook de formele kanten van het ambt nader belicht worden.

De notaris wordt bij Koninklijk Besluit benoemd en moet voordat hij zijn werkzaamheden kan aanvangen een eed (respectievelijk belofte) afleggen bij de arrondissementsrechtbank.²⁰⁵

De notaris houdt een protocol.²⁰⁶ Na het passeren worden de akten opgenomen in dat protocol. De notaris is slechts bewaarder van de minuten.²⁰⁷ Het protocol is eigendom van de Staat der Nederlanden.

Het ambt dat de notaris uitoefent, houdt de bevoegdheid in om authentieke akten²⁰⁸ te verlijden in de gevallen waarin de wet dit aan hem opdraagt. De authentieke notariële akte is te vergelijken met de gerechtelijke vonnissen en arresten. In zoverre is het ambt van de notaris met dat van de rechter te vergelijken. Het verschil is dat de notaris niet de bevoegdheid heeft *qualitate qua* geschillen te beslissen.²⁰⁹ Het Unibank-arrest²¹⁰ geeft aan dat authentieke akten op dezelfde wijze ten uitvoer worden gelegd als gerechtelijke beslissingen. De notariële tussenkomst maakt het beroep op een andere openbare instantie overbodig wanneer men bewijs wil leveren van de door de notaris geauthenticeerde feiten en verklaringen, en verleent de authentieke akte derhalve een gekwalificeerde, openbare rechtskracht, die uitsluitend en alleen voor de rechter kan worden aangevochten (zoals overigens elke handeling van openbaar gezag).²¹¹

De notaris is onafhankelijk en onpartijdig.

205 Van het arrondissement waarbinnen zijn plaats van vestiging gelegen is.

206 Tot het protocol behoren: minuten, notariële verklaringen, registers, afschriften, repertoria en kaartsystemen die onder de notaris berusten (artikel 1 Wna).

207 De originele exemplaren van de notariële akten: artikel 1 Wna. De opvolger van een notaris brengt binnen drie maanden nadat hij het protocol heeft overgenomen, de minuten, afschriften (ex artikel 38 lid 2 Wna), registers en zo mogelijk de kaartsystemen, die dertig jaar of ouder zijn, naar de algemene bewaarplaats, die onder de zorg staat van de minister van Justitie.

208 Authentieke notariële akten:

- hebben executoriale kracht: de mogelijkheid om een onwillige debiteur tot nakoming te dwingen van zijn in die akte opgenomen verplichting, zonder tussenkomst van de rechter; de schuldeiser kan op grond van een grosse van een notariële akte tot beslaglegging en executie overgaan;
- hebben het vermoeden van echtheid zolang het tegendeel niet is bewezen;
- hebben dwingend bewijs;
- verplichten de rechter om de inhoud van de authentieke akte als waar aan te nemen, zolang het tegendeel niet is bewezen.

209 Kok, G.Chr., Het Nederlandse notariaat (diss. Leiden), p. 28, 1971.

210 Zaak C-260/97 (Unibank), prejudiciële beslissing.

211 A-G P. Cruz Villalón in zijn conclusie in zaak C-47/08 en verbonden zaken, in r.o. 118.

De notaris controleert of de wil van partijen zuiver en rechtsgeldig tot stand is gekomen. Hij *belehrt*, hij informeert en adviseert en schrijft zijn akten in het belang van partijen, maar wordt daarnaast geacht ook rekening te houden met de belangen van derden en de samenleving (de klem van het ambt).²¹²

De notaris staat onder toezicht van de Kamers van Toezicht (met de president van de rechtbank als voorzitter) en het Bureau Financieel Toezicht.

De notaris heeft een ambtsgeheim en een verschoningsrecht. Slechts voor een andere publieke plicht, zoals uit hoofde van de Wwft, moet het ambtsgeheim wijken. Daarmee fungeert de notaris ook daar als poortwachter.

De notaris controleert verder de wilsovereenstemming, de beschikkingsbevoegdheid, de handelingsbekwaamheid, de identiteit mede aan de hand van de informatie in de registers van de burgerlijke stand, het faillissementsregister, het handelsregister, het testamentenregister, de registers van het kadaster en natuurlijk de identiteit.

De notaris verschaft de overheid tal van gegevens doordat de notariële akten via de registratie bij de Belastingdienst ter inzage van de overheid worden gegeven.

De notaris heeft niet alleen prerogatieven gekregen van de overheid, maar ook plichten. Zo is hij verplicht zijn dienst (ministerie) te verlenen. In die zin is hij niet vergelijkbaar met een gewone ondernemer, die zijn diensten wel kan weigeren.

De Nederlandse overheid heeft aan het notariaat de exclusieve bevoegdheid verleend tot het opmaken en passeren van notariële akten voor een groot aantal belangrijke rechtshandelingen c.q. transacties.²¹³ Ook in de andere onderzochte landen zijn aan het notariaat in meer of mindere mate exclusieve bevoegdheden (monopolies) verleend.

212 Zo ook de commissie-Hammerstein in haar rapport: Evaluatie Wet op het Notarisambt, Het beste van twee werelden, september 2005, p. 14.

213 Nederland kende in 2008 een aantal van 1478 notarissen en 2184 kandidaat-notarissen (Notariaat Magazine, februari 2009, p. 7). Tezamen waren zij goed voor een totaal van 1.814.659 notariële akten ofwel een gemiddelde van 1227 akten per notaris (gemelde cijfers zijn ten gevolge van de recessie in 2009 fors gedaald). Om een indruk te geven over welk belang het gaat: in de rijksbegroting voor 2008 stond voor ruim € 6 miljard aan overdrachtsbelasting opgenomen. Dat betekent dat de overheid ervan uitging dat er voor bijna € 104 miljard aan bestaand vastgoed zou worden overgedragen, allemaal via een notariële akte. Er zal veelal een hypothecaire lening worden opgenomen. Er is daarnaast nieuwbouw en ook daar weer met hypotheek, er zijn boedelbehandelingen, inbrengen in vennootschappen, aandelen- en bedrijfsoverdrachten. Een belang van een paar honderd miljard euro dat jaarlijks via de notariële burelen gaat, lijkt een reële schatting. Een omvangrijke bemoeienis met een grote impact voor de samenleving.

3.9. De notaris en (gedelegeerd) overheidsgezag

De Europese Commissie voert telkens weer aan dat de notarissen niet deelnemen aan het openbaar gezag.²¹⁴ Zo ook ten aanzien van de verplichtingen die zij aan de lidstaten oplegt om notarissen met de nationaliteit van welke andere lidstaat dan ook als notaris in hun land toe te laten. Openbaar gezag, aldus de Europese Commissie, is een Unie-begrip dat strikt moet worden geïnterpreteerd. Op zich is de wens tot een strikte interpretatie begrijpelijk. De vrijverkeersregels van de Europese Unie, de vrijheid van vestiging en de voorschriften met betrekking tot de opheffing van beperkingen op de vrijheid van dienstverlening, zijn er niet voor niets. Maar de artikelen 51/62 van het VWEU zijn er ook niet zonder reden. Die geven aan dat als er sprake is van overheidsgezag, de vrijheid van vestiging ex artikel 49 VWEU en de beperkingen op de vrijheid van dienstverlening ex artikel 56 VWEU, dan niet van toepassing zijn.²¹⁵

De Commissie baseert haar opinie ten aanzien van het ontbreken van overheidsgezag bij notarissen vooral op de interpretatie van het Hof van Justitie in het Reyners-arrest,²¹⁶ herhaald onder meer in het Thijssen-arrest,²¹⁷ waarbij rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag als vereiste voor deelneming aan datzelfde openbaar gezag werd geformuleerd. Het ging bij Reyners echter om de taak van de advocaat en niet om die van de notaris. Tussen beide juridische beroepen bestaan weliswaar overeenkomsten, maar meer verschillen, juist ten aanzien van de bij Reyners en Thijssen gehanteerde criteria. Ten aanzien van de advocaat werd door het HvJ EU geoordeeld dat hij geen deelname heeft aan het openbaar gezag. De advocaat consulteert, verleent rechtsbijstand en verzorgt de vertegenwoordiging en verdediging van partijen in rechte. De advocaat heeft een voor een goed functionerende rechtsstaat belangrijke taak, maar een totaal andere dan de notaris. Anders dan de advocaat wordt iedere notaris afzonderlijk en specifiek door de Staat benoemd bij Koninklijk Besluit in een specifiek aangegeven plaats van vestiging. De advocaat is partijdig, de notaris onpartijdig. Notariële akten hebben kracht van authenticiteit. Volgens

214 Commissie van de Europese Gemeenschappen, met redenen omkleed advies, Brussel 12/10/2006, gericht tot het Koninkrijk der Nederlanden, p. 6, § 16.

215 Voor het notariaat is er een aparte uitzondering op de Dienstenrichtlijn toegevoegd. Hetgeen niet nodig was geweest als de Europese Commissie met het Europees Parlement de toepasselijkheid van het overheidsgezag op het notariaat had erkend, respectievelijk wanneer die zaak al toen aan het HvJ EU was voorgelegd en daar door het Hof in positieve zin op was beslist.

216 HvJ EU 21 juni 1974, zaak 2/74 (J. Reyners tegen de Belgische Staat (verzoek om prejudiciële beslissing, ingediend door de Belgische Raad van State)).

217 Zaak C-42/92 (Adrianus Thijssen tegen de controledienst voor de verzekeringen).

de advocaat-generaal La Pergola in zijn conclusie²¹⁸ in het Unibank-arrest,²¹⁹ kan men zelfs zeggen dat de regeling van het Executieverdrag²²⁰ voor authentieke akten gunstiger is dan voor rechterlijke beslissingen.

Volgens La Pergola vindt de gelijkstelling van de authentieke akte aan de rechterlijke beslissing haar rechtvaardiging juist hierin, dat de authentieke akte het resultaat is van de intellectuele en beoordelende activiteit van een openbaar ambtenaar en dus – zij het ook maar indirect en voor documentaire doeleinden – een emanatie van overheidsgezag.

Het HvJ EU bevestigt deze zienswijze in haar uitspraak ter zake: de tussenkomst van een overheidsorgaan of van een andere bevoegde autoriteit van de staat van herkomst is derhalve noodzakelijk om er de hoedanigheid van authentieke akten aan te verlenen.²²¹ Deze uitlegging van artikel 50 Executieverdrag wordt bevestigd door het rapport Jenard-Möller.²²²

Ook advocaat-generaal Jacobs laat zich in vergelijkbare zin uit in het arrest Europese Commissie tegen de Italiaanse Republiek,²²³ als hij aangeeft dat het opmaken van een authentieke akte wel degelijk een uitoefening van overheidsgezag is. Evenzo advocaat-generaal P. Cruz Villalón.²²⁴

De notariële akten worden op dezelfde wijze ten uitvoer gebracht als rechterlijke beslissingen. Ten aanzien van de rechterlijke macht wordt het overheidsgezag niet betwist, terwijl de authentieke akte op onderdelen sterker is. Ook de opdracht om authentieke akten op te maken en te passeren is de notaris rechtstreeks en specifiek bij wet opgelegd. Benoeming en de toekenning van taken/monopolies vinden rechtstreeks en specifiek plaats respectievelijk bij Koninklijk Besluit en bij wet. De notaris is onafhankelijk²²⁵ en houdt bij de uitoefening van zijn ambt rekening met het publieke belang. Op basis van de geldende jurisprudentie van het HvJ EU zijn dat, zoals voorschreven, de normen die vereist zijn om te kunnen vallen onder het begrip openbaar gezag. Het gaat om heel concreet en specifiek aangegeven

218 'Op grond van artikel 50 van dat Verdrag kan het verlof tot tenuitvoerlegging van authentieke akten namelijk slechts worden afgewezen wegens strijd met de openbare orde van de aangezochte staat, terwijl bij rechterlijke beslissingen ook andere afwijzingsgronden zijn toegelaten.' Aldus de conclusie van A-G La Pergola van 2 februari 1999 in zaak C-260/97 (Unibank A/S tegen Fleming G. Christensen), punt 10.

219 Zaak C-260-97 van 17 juni 1999 (Unibank A/S tegen Fleming G. Christensen).

220 Het Europees Parlement is in zijn eerdere lijn verder gegaan in het Verdrag van Brussel van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, het zogenoemde Executieverdrag.

221 Zaak C-260/97 (Unibank), § 15.

222 PB 1990, C 189, p. 57.

223 Opinie van A-G Jacobs 15 februari 2001, in zaak C- 283/99, § 43.

224 A-G P. Cruz Villalón in zijn conclusie van september 2010 in zaak C-47/08 en verbonden zaken, in r.o. 118.

225 Artikel 17 Wna.

soorten akten en niet om een breed omschreven rechtsgebied. Elke opdracht is exclusief en specifiek in de wet opgenomen.

Meningen, opinies, uitspraken betreffende overheidsgezag en de notaris:

Rechtsgeleerd

Al in 1971 stelde G.Chr. Kok in zijn dissertatie dat de notaris is bekleed met overheidsgezag en dat overheidsgezag daarom een kernpunt van het notariaat mag worden genoemd.²²⁶ Cyril Nourissat heeft uitvoerig gepubliceerd over de toepasbaarheid van het overheidsgezag op de notaris.²²⁷ De *Financial Action Task Force against Money Laundering* (FATF) is tevreden over de activiteit van de notaris ook op haar werkgebied en vermeldt dat de notaris overheidsgezag uitoefent.²²⁸

De Duitse staatsrechtgeleerde Josef Isensee pleit op staatsrechtelijke gronden voor het overheidsgezag van de notaris.²²⁹

226 Kok, G.Chr., *Het Nederlandse notariaat* (diss. Leiden), 1971.

227 Nourissat, C., in: *Informations professionnelles étude* nr. 1347; 12. il apparaîtrait que l'État pourrait continuer à réserver aux seuls notaires de nationalité française les actes qui participent 'à l'exercice de l'autorité publique' Et même à reprendre la formule utilisée par la Commission dans son communiqué de presse – la participation 'ne peut être que directe et spécifique' –, on mesure immédiatement que ce sont des pans de l'activité notariale qui seraient concernés par la dérogation en vervolgens: 22. (...) Dans le cas du notaire, officier public, les activités participant à l'exercice de l'autorité publique ne sont pas occasionnelles (...) elles sont l'essence même de son profession, de son statut, de son charge.

228 FATF, *Review of the FATF Forty Recommendations Consultation Paper* van 30 may 2002, p. 99f. In civil law countries, a notary is generally a public official, and the State delegates power to the notary to publicly certify and authenticate the documents that draws up, conferring upon them probatory strength and executive force i.e. they are admissible in court without further proof of their authenticity (...).

229 Isensee, H.J.C., *Het ambt van notaris: Relict uit tijden van voor de grondrechten?* Voordracht op 5 november 2009 op een symposium georganiseerd door de Stichting ter bevordering van de notariële wetenschap, over 10 jaar marktwerking in het notariaat, *Ars Notariatus* 143, p. 1 e.v.: 'Staatsauthentizität ist kein Gegenstand des Marktwettbewerbs. Das Staatssiegel wird dem Notar verliehen. Nicht eigenmächtig ergriffen; die öffentlichen Ämter treten in unterschiedlichen Formen auf: Ämter die auf politischer Wahl, und solche die auf fachlicher Eignungsauslese gründen, solche, die vom politischen Vertrauen abhängig, und solche die dauerhaft rechtlich abgesichert sind, Ämter der politischen Führung und der fachlichen Ausführung, Ämter auf Zeit und auf Lebenszeit, Ämter in öffentlich- und privatrechtlich geregelten, beruflichen und ehrenamtlichen Spielarten. Zu diesen Erscheinungen gehört das Amt des Notars. Dass ihm Unabhängigkeit zukommt, ist keine Besonderheit. Diese Eigenschaft teilt er mit dem Abgeordneten, dem Richter und dem Rechnungsprüfer. Unabhängigkeit bedeutet Freiheit von Weisungen, aber Gebundenheit an Gesetz und Recht. Vielmehr liegt die Eigenart des Notariats darin, dass es nicht in die Staatsorganisation einbezogen ist: ein öffentliches Amt außerhalb des öffentlichen Dienstes. Das Gesetz ordnet das Notariat mit seiner Qualifikation als öffentliches Amt dem Staatlichen Sektor zu. Als "externer Funktionsträger" übt er Staatsgewalt außerhalb der Staatsorganisation aus. Er hat den Status eines "Beliehenen". Die ihm anvertrauten Staatsfunktionen sind nicht privatisiert. Vielmehr behalten sie ihren staatlichen Charakter und wahren den Legitimationszusammenhang der Demokratie. (...) Die Öffentlichkeit der Aufgabe liegt in deren Bedeutung für das Gemeinwohl.'

In een studie verricht in opdracht van de Oostenrijkse *Notariatskammer* (de beroepsorganisatie van Oostenrijkse notarissen, tevens hoogste Oostenrijkse toezichthouder op het notariaat) werd geconcludeerd dat het notariaat overheidsgezag uitoefent.²³⁰

Nicola Preuss karakteriseert de notariële taak als '*Teil der staatliche Rechtspflege*'.²³¹

Europees Parlement

Er is begin jaren negentig onderzoek gedaan naar de notariaten in de toen twaalf landen van de EG. Omtrent dat onderzoek werd gerapporteerd in het rapport Marinho van 9 december 1993, dat op zich weer een vervolg kreeg in een Resolutie van het Europees Parlement van 18 januari 1994. Deze resolutie bevatte onder meer de volgende conclusies:

'3. (...) wijst erop dat het ambt van notaris – ook al is het op uiteenlopende wijze georganiseerd in de 12 lidstaten (...) – hoofdzakelijk gekenmerkt wordt door een aantal bijna gemeenschappelijke elementen, die in grote lijnen als volgt kunnen worden samengevat: partiële delegatie van het staatsgezag met het oog op het verlenen van de openbare dienst van authenticisering van overeenkomsten en bewijsstukken; onafhankelijke activiteit die wordt uitgeoefend in het kader van een openbare functie in de vorm van een vrij beroep,²³² maar aan controle van staatswege onderworpen is – (...) alsmede door preventieve en onpartijdige bijstand aan de betrokken partijen ter ontlasting van de gerechtshoven (...);

4. is van oordeel dat de gedeeltelijke delegatie van het staatsgezag, als inherent onderdeel van de uitoefening van het ambt van notaris, als argument kan worden aangevoerd om zich te beroepen op artikel 55 van het EG-Verdrag (thans artikel 51 VWEU), waarin wordt vastgesteld dat van de bepalingen van dit Verdrag inzake de vrijheid van vestiging en dienstverrichting zijn vrijgesteld "de werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag in een staat, zelfs indien deze slechts voor een bepaalde gelegenheid geschieden" (...)'

De resolutie van 2006 verklaarde expliciet: het Parlement is van oordeel dat artikel 45 van het Verdrag (thans artikel 51 VWEU) ten volle toepasselijk is op het beroep van de civielrechtelijke notaris als dusdanig en baseerde dit op het feit dat 'gedeeltelijke delegatie van staatsmacht een origineel element is, dat inherent is aan de

230 Studie in opdracht van de Oostenrijkse Notarkammer: Notariat 2005, Wenen 2001, p. 33. Notare agieren in ihrer öffentlichen Funktion als 'verlängerter Arm' des Staates, indem sie Gesetze weiter verfolgen und durchsetzen. Sie fungieren als 'Gatekeepers' (Torhüter), die das Gesetz im Vorinhein, also ex-ante, durchsetzen, insbesondere was die legalität von Verträgen betrifft, die sie beurkunden.

231 Preuss, N., Kompetenzkonflikt zwischen EU und Bundes Republik Deutschland auf dem Gebiet des Notarrechts, GPR 1/08.

232 Uitgezonderd destijds Portugal, één Duitse deelstaat (Baden-Württemberg) en het Verenigd Koninkrijk.

uitoefening van het beroep van een civielrechtelijk notaris, en dat deze delegatie gewoonlijk ook op regelmatige wijze wordt uitgeoefend en een groot deel van de taken van een dergelijke notaris uitmaakt’.

De Nederlandse overheid en de door de minister van Justitie ingestelde onderzoekscommissie ‘Hammerstein’

De Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt in 2006 gaf aan dat de notaris een openbare ambtenaar is, bekleed met overheidsgezag.²³³

De memorie van toelichting bij het wetsontwerp wijziging Wna²³⁴ stelt dat de notaris een publieke functionaris is die van overheidswege (door de Kroon) is benoemd en die belast is met de uitoefening van openbaar gezag en derhalve een ambtenaar is in de zin van artikel 84 van het Wetboek van Strafrecht.

Jurisprudentie

Geen overheidsgezag

In het arrest van het Hof waarbij partij waren de Europese Commissie tegen het Koninkrijk Spanje werd weer eens herhaald dat de uitzondering van de artikelen 51 annex 62 VWEU niet verder gaat dan wat strikt noodzakelijk is tot vrijwaring van de belangen die zij dient te beschermen. Aldus moet de afwijking waarin zij voorziet, worden beperkt tot werkzaamheden die, op zich beschouwd, een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag vormen. Dat werd in dat arrest niet het geval geacht met de activiteiten van beveiligingsbedrijven en -personeel, waar geconcludeerd werd dat het enkel bijdragen aan de handhaving van de openbare veiligheid, een taak die eenieder kan toevallen, geen uitoefening van openbaar gezag vormt.²³⁵ Bovendien maakte de Spaanse wetgeving duidelijk onderscheid tussen de taken van beveiligingsbedrijven en beveiligingspersoneel en die welke aan vergelijkbare functionarissen van de Staat zijn voorbehouden. Daaruit volgt ‘dat particuliere beveiligingsbedrijven en -personeel niet rechtstreeks en specifiek deelnemen aan de uitoefening van het openbare gezag’.²³⁶

Wél overheidsgezag

Het Europese Hof heeft in *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante* uitgesproken dat de kapiteins en stuurlieden op koopvaardischepen met hun (deels notariële) taken (tijdens de zeereis) wél deelnemen aan de uitoefening van bevoegdheden

233 Rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt (ook wel genoemd naar haar voorzitter mr. A. Hammerstein), september 2005, p. 13.

234 Kamerstukken tweede kamer, 2009/10, 32 250, nr. 3, p. 8.

235 Zaak C-114/96, § 37.

236 Zaak C-114/97, § 39.

van openbaar gezag.²³⁷ Deze opdrachten vormen een deelneming in het openbaar gezag in het belang van de bevordering van algemene belangen van de desbetreffende lidstaat (r.o. 42). Hierbij wordt door het HvJ EU aan private personen, in de uitoefening van de (gelijkgestelde) activiteiten inzake de burgerlijke stand en het notariaat, overheidsgezag toegerekend. Het betreft een specifieke en rechtstreekse deelneming aan het openbaar gezag.

Functioneel met de notariële akten vergelijkbare stukken worden slechts door overheidsinstanties afgegeven, zoals door de rechterlijke macht.

De advocaat-generaal bij het HvJ EU Cruz Villalón nam op 14 september 2010 conclusie in de zaak van de Europese Commissie tegen het Koninkrijk België, de Franse Republiek, het Groothertogdom Luxemburg, de Republiek Oostenrijk, de Bondsrepubliek Duitsland en de Helleense Republiek. In r.o. 121 constateert de A-G dat de authenticatie van de notaris een functie is die een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag inhoudt. Past men het arrest Reyners toe op deze conclusie, dan moet, aldus de A-G, aangezien in alle verwerende staten²³⁸ de authenticatie de onlosmakelijke kern is van de notariële werkzaamheid, worden vastgesteld dat het notarisberoep in het algemeen en in zijn geheel een rechtstreekse en specifieke deelneming vormt aan de uitoefening van het openbaar gezag.

Notaris klassiek voorbeeld van overheidsgezag

De regeling van artikel 51 VWEU zou ook in feite van iedere praktische toepassingsmogelijkheid beroofd worden, als deze uitzondering niet op het notariaat van toepassing zou zijn. De notaris lijkt het klassieke voorbeeld van de toepassingsmogelijkheid van artikel 51 VWEU.

Er bestaan veel studies en meningen betreffende het overheidsgezag van de notaris. Als de afwijkende redenering van de Europese Commissie gevolgd zou worden, volgens welke het notariaat niet met overheidsgezag belast is, dan is moeilijk voorstelbaar welke functie of welke beroepsgroep dan nog wel binnen die termen zou vallen.

Het Hof van Justitie

Er zijn veel meningen en zienswijzen, maar de belangrijkste en de enige die er in Europa uiteindelijk toe doen, zijn die van het HvJ EU. Het Hof heeft zich, zoals we zagen, eerder omtrent overheidsgezag uitgesproken. Wellicht nog meer dan bij de Spaanse kapiteins en stuurlieden is er bij de notaris sprake van overheidsgezag. Bij de notaris is er overheidsgezag op een permanente basis en niet zoals bij de zeelieden, uitsluitend tijdens de zeereis. Hoewel, al is er bij de zeekapiteins

²³⁷ HvJ EU 30 september 2003, C-405/01 (Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Espanola), r.o. 42.

²³⁸ Dat zijn i.c. België en Frankrijk.

dan sprake van een overheidsgezag alleen buitengaats, het overheidsgezag op het moment van bevoegdheid is daar niet minder om.

De mening van de EC en de lidstaten

De Oostenrijkse regering in haar pleidooi noemt het onbegrijpelijk dat de enige uitspraak van het HvJ EU waarin de juridische kwalificatie van de notaris ter zake van het overheidsgezag aan de orde komt (*Colegio de Oficiales*²³⁹) in het hele pleidooi van de Europese Commissie niet genoemd wordt.²⁴⁰ In alle andere door de Commissie wél aangevoerde citaten uit uitspraken van het Hof gaat het niet om notarissen.²⁴¹

De Nederlandse regering is dezelfde mening toegedaan, zoals onder meer blijkt uit de brief van de minister van Justitie aan het ministerie van Buitenlandse Zaken²⁴² en waarin verzocht wordt de desbetreffende brief door te geleiden naar het desbetreffende directoraat-generaal van de Europese Commissie. Daarin stelt de Nederlandse minister van Justitie: 'Niet valt in te zien waarom de kwaliteit van openbaar gezag op de door de Commissie gestelde enge wijze zou moeten worden geïnterpreteerd. De mening dat openbaar gezag alleen betrekking zou kunnen hebben op het beslechten van geschillen, het opleggen van straffen en het creëren van jurisprudentie, dus van een rechtsbron, stoelt nergens op. Ook andere ambtenaren dan een rechter kunnen openbaar gezag uitoefenen, zoals bijvoorbeeld de notaris.'

Ook andere landen van de EU zijn van mening dat de Latijnse notaris met overheidsgezag is belast, zoals ook de Nederlandse staatssecretaris van justitie aan de Eerste Kamer van de Staten-Generaal op 26 november 2008 meedeelde, in het kader van de behandeling van het wetsvoorstel in verband met het laten vervallen van het nationaliteitsvereiste voor de benoeming tot notaris (31 040), waarbij zij verklaarde dat het haar bekend was dat in ieder geval België, Bulgarije, Duitsland, Letland, Litouwen, Oostenrijk, Polen, Portugal, Roemenië, Slovenië, Slowakije en Tsjechië niet voornemens waren het nationaliteitsvereiste (van het eigen land)

239 Zaak C-405/01, § 42.

240 In het met redenen omklede advies aan de Nederlandse regering, 1996/4746 C(2006)4675, heeft de EC die uitspraak wel genoemd en gesteld dat er weliswaar van notariële werkzaamheden ook sprake was, maar dat de zaak 'in hoofdzaak' op andere werkzaamheden betrekking had.

241 Zie ook *Die Klagebeantwortung* van 2 mei 2008, het antwoord van de Oostenrijkse Republiek in de rechtszaak C-53/08, de zaak waarbij Oostenrijk wordt gesommeerd zijn notariaat ook voor andere nationaliteiten (behorende tot de EU) open te stellen; achter de verschillende argumenten zal telkens de paragraaf worden aangegeven waar de desbetreffende overwegingen te vinden zijn.

242 Brief van 3 september 2002, met kenmerk 5182609/02/6, p. 2.

voor notarissen af te schaffen,²⁴³ omdat de notaris met overheidsgezag is belast en derhalve de eis van de Europese Commissie niet op goede gronden is gebaseerd.

De Europese Commissie

De Europese Commissie geeft in haar met redenen omklede advies 'Inbreuk nr. 1996/4746'²⁴⁴ aan de Nederlandse regering aan dat het overheidsgezag niet aan de notaris is verleend. Dit ondanks de opmerking in de door de Commissie aangehaalde Richtlijn 89/48 (toen) EEG, in overweging 41, dat de toepassing van artikel 45 EG (nu artikel 51 VWEU), met name wat notarissen betreft, onverlet wordt gelaten. De Commissie stelt de toepassing van de algemene regels van het Verdrag niet uit te sluiten en ook niet te kunnen uitsluiten. De overweging (41) wijst op het feit dat artikel 45 EG (nu 51 VWEU) op notarissen van toepassing kan zijn. Dit vereist echter wel een evaluatie van de notariële taken zoals deze met betrekking tot de uitoefening van het openbaar gezag zijn vastgelegd in het nationale recht.²⁴⁵ Aldus nog steeds de Europese Commissie.

Dat is zeker juist, maar dat in de richtlijn juist en uitsluitend de notaris in relatie tot de uitoefening van overheidsgezag wordt genoemd, betekent meer dan de Commissie stelt. Het past naadloos in de een en andermaal bevestigde opvatting van het Europees Parlement en nu ook de conclusie van A-G Cruz Villalón dat de notaris wél met overheidsgezag is belast. Het gebruik van het woord 'kan' door de Commissie geeft wel een heel zuinige en ontwijkende interpretatie aan van overweging 41 in de aangehaalde Richtlijn 89/48 (toen) EG. De opvatting van het Europees Parlement speelt overigens geen formele rol in de besluitvorming.

Dienstenrichtlijn

Ook bij de behandeling van de Dienstenrichtlijn heeft het Europees Parlement vastgehouden aan zijn eerdere standpunt en erop aangedrongen,²⁴⁶ hetgeen uiteindelijk door de Commissie is overgenomen, dat de notarissen voor al hun werkzaamheden niet onder deze Dienstenrichtlijn²⁴⁷ vallen. In algemene zin stelt artikel 2 lid 2 sub i van de Dienstenrichtlijn activiteiten in het kader van overheidsgezag al vrij. Die vrijstelling is een herhaling van de vrijstelling van artikel 62 jo. 51 VWEU, waardoor de specifieke vermelding van deze verdragsvrijstelling van de notarissen niet opgenomen had hoeven te worden, als er zoals hiervoor

²⁴³ Daarnaast nog de partijen in de zaken C-47/08 en verbonden andere zaken, te weten (aanvullend) de landen Luxemburg en Griekenland.

²⁴⁴ Door de Permanente vertegenwoordiging van Nederland bij de Europese Unie, ontvangen op 18 oktober 2006, p. 9, noot 8.

²⁴⁵ Met redenen omkleed advies van 12 oktober 2006 van de Europese Commissie aan het Koninkrijk der Nederlanden, ter zake van de door de Commissie niet gewenste (Nederlandse) nationaliteitsvoor de notaris, zoals is opgenomen in de Wna.

²⁴⁶ Besluit van 11 februari 2004.

²⁴⁷ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006, betreffende diensten op de interne markt, artikel 2 lid 2 sub i.

in deze dissertatie bepleit, van wordt uitgegaan dat de notaris een met overheidsgezag beklede ambtenaar is. Dat de Commissie de vrijstelling van de notarissen niet als een subvermelding van de vrijstelling wegens overheidsgezag wil laten gelden, moge blijken uit deze bijzondere notarissenvrijstelling. De Europese Commissie heeft door de specifieke vrijstelling voor de notarissen op te nemen en geen gebruik te maken van de algemene vrijstelling ter zake van overheidsgezag, kunnen persisteren in haar opvatting dat personen met een nationaliteit van een van de EU-landen (als zij aan de overige vereisten daarvoor voldoen) in ieder ander EU-land als notaris moeten kunnen worden benoemd, juist omdat de notaris, in de opinie van de Commissie, geen overheidsgezag uitoefent.²⁴⁸ De overwegingen die hebben geleid tot de vrijstelling van de notarissen van de Dienstenrichtlijn en de opvatting van 1994 zouden met evenveel recht ook kunnen worden gevolgd bij een vrijstelling van de notaris van het nationaliteitsvereiste.²⁴⁹ Daarbij beroepen al deze landen zich wél op het overheidsgezag waarmee het ambt van notaris bekleed is. Zij doen dat met het oog op de uitzondering op het beginsel van vrij verkeer voor de uitoefening van openbaar gezag, op grond van artikel 51 van het VWEU.

De Europese Commissie spreekt er dus van dat artikel 51 VWEU van toepassing 'kan' zijn, maar dat dan wel een evaluatie van de notariële taken gewenst is. Die evaluatie maakt de Europese Commissie vervolgens niet. De Commissie concludeert kortweg dat overheidsgezag niet op de notaris van toepassing is. Dit ondanks het door haar zelf in de gemelde richtlijn gestelde, ondanks de andersluidende mening van landen met een Latijns notariaat en het Europees Parlement en ondanks de uitspraak van het HvJ EU in *Colegio de Oficiales* en nu ook ondanks de constatering van de A-G Cruz Villalón. In het hiernavolgende landenonderzoek in het Derde Luik wordt aangetoond dat de karakteristiek van het notariaat zodanig is, dat er wel degelijk gesproken kan worden van een rechtstreekse en specifieke deelname in het overheidsgezag. Dat geldt voor elk van de zeventie onderzochte lidstaten. Er is sprake van een overheidsgezag inclusief de onlosmakelijk aan het notariaat verbonden bevoegdheid tot authenticatie.²⁵⁰ De notarissen in al die landen worden rechtstreeks en specifiek door de overheid benoemd in een bepaalde plaats van vestiging.²⁵¹ De taken zijn het notariaat eveneens rechtstreeks en specifiek door de overheid bij diverse wetten opgedragen. Bovendien hebben de notarissen in alle landen de bevoegdheid tot authenticatie.

248 Artikel 49 jo. 51 VWEU.

249 Hoewel niet vergeten mag worden dat ook toen al de wellicht protectionistische neigingen die mogelijk mede een rol hebben gespeeld bij het uit het Verdrag verwijderen van de doelstelling vrije en onvervalste concurrentie, ook hier al hebben meegewerkt aan het uitzonderen van de notarissen.

250 En zoals die ook door de A-G Cruz Villalón is vastgesteld ten aanzien van de in die zaken betrokken EU-lidstaten, r.o. 121.

251 Voor Malta betreft de standplaats de gehele Maltese archipel.

Het belast zijn met overheidsgezag zou impliceren dat er een allesomvattende vrijstelling van de vrijverkeersbepalingen op de desbetreffende beroepsgroep van toepassing zou zijn. Daarmee zou de mogelijkheid kunnen bestaan dat de constatering van overheidsgezag voor de notaris ook zijn schaduw naar voren zou gaan werpen over de mededingingsbepalingen in het VWEU. De Europese Commissie zal dat gevolg, het ontstaan van een zodanige mededingingsrechtelijke vrije ruimte voor het notariaat, volstrekt ongewenst achten. Dat maakt het begrijpelijk dat de Commissie primair streeft naar een strikte toepassing van het begrip overheidsgezag, waar het notariaat dan vervolgens niet in past. Om de voormelde mededingingsrechtelijk vrije ruimte te voorkomen, begint de actie van de Commissie bij het bestrijden van de kwalificering van het notariaat als zijnde belast met overheidsgezag.²⁵² Zou zij daar niet in slagen, dan zouden de uitzonderingen op de vrijverkeersbepalingen wél op het notariaat van toepassing moeten²⁵³ en mogelijksterwijs op de mededingingsbepalingen toepasselijk kunnen zijn.

De deelnemende landen bij het Verdrag van Rome in 1957 kenden alle een Latijns notariaat.²⁵⁴ Inmiddels wordt de beoordeling van het Latijnse notariaat mogelijk minder zuiver, omdat er nu ook naar wordt gekeken door de bril van de *common law*-landen, waardoor een onjuiste voorstelling wordt verkregen omtrent de werkelijke inhoud van het ambt van notaris. Immers, als de Europese Commissie wel de evaluatie had gepleegd die zij in haar noot bij het met redenen omklede advies aan de Nederlandse regering heeft gemeld, dan zou het levensgrote verschil met de Britse *notaries-public* duidelijk zijn gebleken. Anders dan in de benaming, zijn de overeenkomsten tussen de Latijnse notarissen en de Angelsaksische *notaries-public* ver te zoeken en eigenlijk niet te vinden. De conclusie is volgens de opvattingen vertolkt in dit boek (m.u.v. de Europese Commissie) niet anders dan dat de Latijnse notaris wél met overheidsgezag is belast en derhalve artikel 51 VWEU op hem wel en op de *notary-public* onder het *common law*-systeem, niet van toepassing is.

252 Zoals opgemerkt verdedig ik in deze dissertatie dat dit een door de EC moeilijk vol te houden standpunt is. De strategie van de EC is wel voorstelbaar vanuit de gedachte dat artikel 51 VWEU een binair karakter heeft.

253 Bij strikte toepassing van artikel 51 VWEU.

254 De Angelsaksische EU-landen kennen de *notaries-public*. De Scandinavische landen kennen in het geheel geen notaris.

3.10. Consequenties van het voorgaande op de toepasbaarheid van de vrijverkeersbepalingen in de artikelen 51 en 62 VWEU op de positie van de notaris

3.10.1. De notaris en de vrijheid van dienstverlening

De Dienstenrichtlijn²⁵⁵ stelt algemene bepalingen vast ter vergemakkelijking van de uitoefening van de vrijheid van vestiging van dienstverleners en het vrij verkeer van diensten. Voormalig Eurocommissaris Bolkestein, naar wie de Dienstenrichtlijn ook wel is genoemd, geeft in zijn in 2008 verschenen beschouwingen over politiek²⁵⁶ nog eens aan hoeveel gebrek aan kennis er bestond en er nog bestaat over zijn richtlijn. 'Zij ging niet over privatisering noch over liberalisering. Zij betrof noch zwarte arbeid noch employés. Zij kon geen inbreuk maken op collectieve overeenkomsten. Ook uitgezonden personeel viel er buiten.'

Maar wel viel in eerste aanleg, in de optiek van de Europese Commissie, de notaris onder deze richtlijn. Zoals eerder gemeld, is in de definitieve versie, bij een apart artikel 2 lid 2 sub l, de richtlijn niet van toepassing verklaard op de notaris. Daardoor kon en kan de Commissie vasthouden aan haar standpunt dat de notaris niet onder het openbaar gezag valt. Een standpunt dat voornamelijk in eenzaamheid beleden wordt.²⁵⁷ Zou het HvJ EU in de gevoegde zaken inzake de vrijheid van vestiging in relatie tot de nationaliteitseis beslissen dat de notaris wel met overheidsgezag is belast, dan zou de gemelde specifieke uitzondering overbodig blijken te zijn en zou de algemene exceptie inzake het openbaar gezag voldoen, onverminderd hetgeen Cruz Villálon daaromtrent nog meent te kunnen relativeren (zie hierna in par. 3.10.2 en 3.11.1.1).

3.10.2. De notaris en het nationaliteitsvereiste

Als de notaris geacht wordt deel te nemen aan het overheidsgezag en dat lijkt toch het geval te zijn, dan zou dat ingevolge een strikte toepassing van artikel 51 VWEU betekenen dat de bepalingen van het VWEU in Hoofdstuk 2, betreffende het recht van vestiging van Titel IV inzake het vrij verkeer van personen, diensten en kapitaal, niet van toepassing zijn op de notaris.

Dan geldt het verbod op de beperkingen van de vrijheid van vestiging van onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat niet voor de notaris. De nationale wetten zouden, volgens die inzichten, dan mogen bepalen dat het notariaat in een land uitsluitend toegankelijk is voor de onderdanen

255 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006, betreffende diensten op de interne markt, artikel 2 lid 2 sub l.

256 Bolkestein, F., *Overmoed en onverstand*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2008, o.m. p. 112.

257 Bijvoorbeeld in zaak C-47/08 van de EC tegen België en verbonden zaken tegen Frankrijk, Luxemburg, Oostenrijk, Duitsland en Griekenland.

van dat land. Een bepaling als die van artikel 6 lid 1 Wna, dat slechts hij die de Nederlandse nationaliteit bezit tot notaris in Nederland kan worden benoemd, is dan wel toegestaan. Zoals gezegd willen veel lidstaten²⁵⁸ een zodanige bepaling in hun wetgeving handhaven. De Europese Commissie acht dergelijke bepalingen volstrekt ontoelaatbaar en in strijd met de artikelen 43 e.v. VWEU en wil dat notarissen uit een EU-land zich net als andere professies in alle landen van de Unie mogen vestigen.²⁵⁹

Het notariaat is in alle lidstaten met een Latijns notariaat tegen de overheid aan georganiseerd, zoals blijkt uit het onderzoek dat in Luik II aan de orde komt. De notarissen voeren taken in (wettelijke) opdracht van de Staat uit. De notariële akten hebben in al die landen kracht van authenticiteit. De notaris is de rechter *im Vorfeld* en ook de rechter moet de nationaliteit van de desbetreffende lidstaat bezitten. De desbetreffende landen willen in ieder geval die aan de Staat verwante functie niet in handen leggen van notarissen met een andere nationaliteit. In dit opzicht kan de nationaliteitseis al dan niet worden gesteld door de verschillende landen en kan in deze zin pluriform worden geregeld. Ieder land mag dat dan zelf bepalen.

Nieuw element

A-G Cruz Villalón brengt een nieuwe dimensie in de discussie en rechtsstrijd. Ook volgens deze advocaat-generaal oefent het notariaat openbaar gezag uit en valt het ambt daarmee binnen de negatieve werkingssfeer van de vrijheid van vestiging. Desondanks laten de artikelen (tijdens de aanvang van de rechtsstrijd nog genummerd) 43 EG en 45 EG, eerste alinea (thans genummerd 49 en 51 VWEU) volgens hem in de specifieke omstandigheden van het notarisberoep, een overheidsmaatregel die degenen die tot dat beroep willen worden toegelaten discrimineert op grond van nationaliteit, niet toe. Hij acht dit onevenredig.²⁶⁰ Dus wél overheidsgezag voor de notaris, maar dat begrip wordt vervolgens gekoppeld aan een evenredigheidstoets. Dan gaat de advocaat-generaal er daarbij wel van uit dat bij de toepassing van artikel 51 VWEU niet de primaire of binaire toepassing zal gelden, maar dat er ruimte is voor deze subsidiaire of evenredigheidstoepassing. Hoe duidelijker de tekst van het geschreven verdragsartikel, hoe strakker, hoe meer primair/binair de toetsing. Bij een zo strakke glasheldere formulering als hier het geval is, ben ik van mening dat er voor een dergelijke subsidiaire of evenredigheidstoetsing geen plaats is.

258 België, Duitsland, Griekenland, Frankrijk, Luxemburg, Oostenrijk en alle nieuwe lidstaten m.u.v. Cyprus dat de bepaling niet kent en Estland dat de voorwaarde in 2008 heeft afgeschaft, evenals inmiddels ook Spanje en Italië.

259 Als zij tenminste aan de overige benoemingsvereisten van dat andere land ook voldoen.

260 Conclusie van de A-G P. Cruz Villalón van 14 september 2010 in zaak C-47-08 en verbonden zaken, in r.o. 146.

De overwegingen van de advocaat-generaal zijn helder. Hij stelt vast dat de notaris geacht wordt overheidsgezag uit te oefenen en daarmee zou dan de desbetreffende rechtsvraag zijn beantwoord. Cruz Villalón voert echter de evenredigheid op en brengt die ook in relatie met het algemene discriminatieverbod op grond van nationaliteit van artikel 18 VWEU. Evenredigheid zou volgens Cruz Villalón moeten worden beoordeeld (van de *lex specialis*) van artikel 51 VWEU ten opzichte van (de *lex generalis* van) artikel 18 VWEU. Artikel 51 zegt dat de vrijheid van vestiging niet van toepassing is op werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag in die staat. Toch moet volgens de advocaat-generaal dat artikel wijken voor artikel 18 VWEU (toen artikel 12 EG). Dit artikel 18 bepaalt dat binnen de werkingssfeer van de Europese Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen, in de Verdragen gesteld, elke discriminatie op grond van nationaliteit is verboden. Daarom moet volgens hem het verweer op dat punt van de EU-landen tegen de Europese Commissie worden verworpen. Dit ondanks het gegeven dat artikel 18 VWEU *expressis verbis* vermeldt dat het artikel werkt onverminderd de bijzondere bepalingen van de Europese Verdragen, dus ook onverminderd het bepaalde in artikel 51 VWEU. Daardoor behoudt dat laatste artikel (met een expliciet toegestane discriminatiecomponent) zijn rechtskracht wél.²⁶¹ Dan is er voor de toepassing van een evenredigheidstoets geen plaats, hoe redelijk en terecht een evenredigheidstoets ook kan zijn.²⁶² De bijzondere uitzondering van artikel 51 VWEU blijft naar mijn mening derhalve haar rechtskracht behouden en dat betekent dat als er sprake is van overheidsgezag, de vrijheid van vestiging niet geldt.²⁶³ De Nederlandse regering en de KNB hechten wel aan de kwalificering overheidsgezag voor de notaris, maar niet zo zeer aan het tegenhouden van vrije

261 Artikel 51 VWEU verklaart weliswaar alleen Hoofdstuk 2 van titel IV buiten toepassing, waardoor natuurlijk wel de overige bepalingen van de Verdragen van toepassing blijven, dus ook artikel 18 VWEU, hetgeen niet wegneemt dat ook al geldt artikel 18 in volle omvang, daar wel uitzonderingen op kunnen bestaan en zo'n uitzondering staat nu juist in artikel 51 VWEU.

262 Maar als er van een evenredigheidstoets wel sprake zou zijn, alsdan zou bijvoorbeeld nog een redelijke tariefregeling (en dat is wellicht de meest mededingingsremmende regeling) alle kans hebben om de toets van kritiek ook bij het HvJ EU te doorstaan. In dat verband wijs ik op het recente arrest van het Hof (Grote Kamer) van 29 maart 2011, waarin in de zaak van de EC tegen de Italiaanse Republiek inzake de maximumtarieven geldend voor de Italiaanse advocaten werd beslist dat de Commissie niet heeft aangetoond dat er sprake is van een belemmering van de toegang tot de Italiaanse markt voor juridische dienstverlening zaak C-565/08, r.o. 53.

263 Het feit dat de KNB bij de minister van Justitie heeft aangegeven een nationaliteitseis voor de Nederlandse notaris niet opportuun te achten zolang de overige toelatingseisen als een stage, beroepsopleiding en academische juridische opleiding van kracht zijn, doet daaraan niet af. Tegen de tijd dat aan die toelatingseisen kon worden voldaan, zou verantwoord het notarisambt ook door andere Europese ingezetenen kunnen worden uitgeoefend. Dat paste ook bij het open karakter van de Nederlandse economie en Nederland als transitland, met die vele contacten met buitenlandse rechtssystemen. Het overheidsgezag van de notaris dat door de KNB wel werd geclaimd, verhinderde in de visie van de KNB voor Nederland deze stellingname niet. Zo heeft de KNB-delegatie bij het regelmatig gehouden overleg met het ministerie van Justitie meegedeeld. Ik maakte zelf deel uit van de KNB-delegatie.

vestiging. In dezelfde zin ook Verstappen die bij vrijheid van vestiging niet veel grensverkeer van notarissen op gang ziet komen. Verschillen in notariële wetgeving, cultuur en taal zullen dat wel verhinderen.²⁶⁴

Het moge dan volgens de advocaat-generaal een betrekkelijk onverwachte uitzondering zijn²⁶⁵ op de algemene vrijheid van vestiging, maar het staat wel nog steeds in het (nu) VWEU en sterker nog, het staat er al sinds de eerste versie van het EEG-Verdrag van 1957. En dat in dit verband een geprivatiseerde economische activiteit een betrekkelijk onverwachte uitzondering vormt, kan toch niet zo onverwacht zijn. Ook de opmerkingen van de advocaat-generaal in dezelfde rechtsoverweging en in dit verband dat

‘als gevolg van de scheiding tussen de publieke en de private sfeer, of zo men wil de staat en de maatschappij, die kenmerkend is voor de moderne politieke wereld, zijn er thans in beginsel geen tot de uitoefening van het openbare gezag behorende werkzaamheden meer die niet in de drie machten zijn geïntegreerd waarin het openbaar gezag pleegt te worden onderverdeeld. Een geprivatiseerde (of niet-statelijke) economische activiteit, die niettemin het karakter heeft van uitoefening van openbaar gezag, is derhalve iets betrekkelijk onverwachts in het stelsel van het Verdrag. En toch valt dit nog steeds te lezen in het huidige artikel 51 VWEU enz.’

De aangehaalde nadere motivatie waarom het notariaat een betrekkelijk onverwachte uitzondering zou zijn, lijkt eerder een argument voor een te verwachten uitzondering te zijn. En mogelijk ook daarom is artikel 51 juist wel gehandhaafd. De huidige maatschappij loopt juist meer en meer vol met hybride organisaties. Hoeveel PBO's en ZBO's kennen we inmiddels niet in Nederland?²⁶⁶ Ook buiten Nederland is die ontwikkeling in volle gang, zo bijvoorbeeld de *Quangos*²⁶⁷ in het Verenigd Koninkrijk en Ierland. De lidstaten hebben sinds het eerste Verdrag er alleen maar heel veel hybride organisaties bij gekregen. Het notariaat was een van de eerste en wellicht meest duidelijke. Het artikel (nu 51 VWEU) heeft dan ook alle veranderingen en toetredingen van nieuwe landen begrijpelijk overleefd. Het is nooit doorgehaald, terwijl er toch meermalen intensief aan de herschikking

264 Verstappen, L.C.A., Het notariaat in Spagaat: over instroom en de toekomst van het notariaat, WPNR, 2004, 6591, 25 september 2004, § 11.

265 Conclusie van A-G P. Cruz Villalón van 14 september 2010 in zaak C-47-08 en verbonden zaken, r.o. 80.

266 De commissie-Gerritse, die de invoering van de Kaderwet ZBO begeleidde, kwam in 2007 niet verder dan de opmerking dat circa 430 organisaties een veel gehoord aantal is. Rapportage op hoofdlijnen van het begeleidingsteam kaderwet ZBO's, van 23 augustus 2007. Bekende voorbeelden van ZBO's zijn: het kadaster, de UWV, het CBS, TNO, de CWI en het BFT. Zij ressorteren alle onder een bepaald ministerie.

267 Quangos of: quasi-autonomous non-governmental organizations, ontstaan in 1967. Volgens Dan Lewis, auteur van *The essential Guide to Quangos*, waren er in het Verenigd Koninkrijk in 2005 529 Quangos, terwijl er in Ierland in 2006 al 800 Quangos waren, 482 op nationaal en 350 op lokaal overheidsniveau (bron: survey uitgevoerd door de denktank Tasc).

en herformulering is gewerkt en die gelegenheid zich ruimschoots heeft voorgedaan.²⁶⁸ Het Latijnse notariaat bestond ook tijdens de ondertekening van het eerste Verdrag in 1957 en destijds in elk van de deelnemende landen. Onverwacht qua periode is ook niet dat de bijzondere bepaling in de opvolgende Europese Verdragen staat. Bovendien is er een vergelijkbare regeling terug te vinden in de artikelen 23 en 27 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Vrijhandels-associatie. Hoe terecht ook het Europese discriminatieverbod van artikel 18 VWEU is, hoe zeer ook passend in de Europese gedachte, ter zake van de uitoefening van overheidsgezag mag de vrijheid van vestiging volgens artikel 51 VWEU kennelijk wél worden doorbroken. Het uitzonderingsartikel is ooit om moverende redenen door de lidstaten in het Verdrag opgenomen, heeft alle veranderingen overleefd en is erin blijven staan. Dat kan geen toeval zijn. Als er nu behoefte bestaat om dit artikel te verwijderen en het algemene discriminatieverbod te laten prevaleren (dat zelf nota bene aangeeft dat bijzondere bepalingen voorgaan), dan is een verandering van het Verdrag de aangewezen weg en niet de invoering van een evenredigheidstoets.

Het HvJ EU heeft het laatste woord inzake het al dan niet van toepassing zijn van het openbaar (overheids)gezag op de notaris en het al dan niet volgen van de advocaat-generaal in zijn bijzondere uitleg van de verschillende Verdragsteksten. In de loop van 2011 zal de uitspraak naar verwachting verschijnen.

3.11. Excepties op de mededingingsbepalingen

3.11.1. *De notaris en de exceptie van de overheidsprerogatieven op de artikelen 101 en 102 VWEU en de artikelen 6 en 24 Mw*

3.11.1.1. *Overheidsprerogatieven versus onderneming*

We hebben gezien wat onder een onderneming moet worden verstaan in de zin van het VWEU en daarmee ook in de zin van de Mededingingswet. De notaris, die zijn ambt voor eigen rekening en risico uitoefent, zal vanuit die definitie zeker onder die termen vallen. Volgens Van de Gronden moet onder economische activiteiten worden verstaan het aanbieden van goederen of diensten op de markt,²⁶⁹ zie ook Commissie/Italië.²⁷⁰

268 Na het oprichtingsverdrag van 25 maart 1957 is het Verdrag nog vele malen gewijzigd en aangevuld. Meerdere verdragsaanpassingen waren nodig door uitbreiding van de Gemeenschap/Unie. Maar ingrijpende qua regelgeving waren bijvoorbeeld het Verdrag van Amsterdam van 2 oktober 1997, het Verdrag van Nice van 26 februari 2001 en het Verdrag van Lissabon van 13 december 2007.

269 Gronden, J.W. van de (oratie Nijmegen), Hervormingen in een dienstbaar Europa, uit de serie Europa in beeld deel 4, Deventer: Kluwer 2008, p. 2.

270 Zaak 118/85 (Commissie/Italië AAMS), Jur. 1987, p. 2599 en zaak C-35/96 (Commissie/Italië), Jur. 1998, p. I-3851.

Amtenbrink en Vedder²⁷¹ verwoorden de heersende leer inzake het begrip ondernemingen, in die zin dat als een entiteit een economische activiteit verricht, die entiteit ten aanzien van die activiteit als onderneming moet worden aangemerkt. Verder stellen zij onder meer conform de zaak AAMS²⁷² dat alle entiteiten die actief zijn op een markt en daar onder marktomstandigheden hun producten en/of diensten aanbieden en inkopen, als onderneming moeten worden aangemerkt. Maar ook stellen zij dat er op het begrip economische activiteiten twee (ook eerdergenoemde) uitzonderingen bestaan en dat deze aan de hand van de terminologie die het Hof hanteert, worden aangeduid als:

- de exceptie voor overheidsprerogatieven; en
- de exceptie voor niet-markteconomische activiteiten.

Van deze twee zal aan de exceptie op grond van de overheidsprerogatieven in dit boek met betrekking tot de notaris aandacht worden besteed. Er zijn slechts weinig arresten aan deze problematiek gewijd, die hiervoor kort zijn aangegeven, maar nu uitvoeriger worden behandeld:

1. In de SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol-zaak²⁷³ werden door het HvJ EU de werkzaamheden in die casus als de uitoefening van typische overheidsprerogatieven aangemerkt en er kon daar niet worden gesproken van een economische activiteit, zodat het mededingingsrecht niet van toepassing was. Letterlijk het HvJ EU in r.o. 30: omdat het sturen van een rekening onlosmakelijk verbonden was met de controles zelf, leverde dat laatste evenmin een economische activiteit op, aldus het HvJ.²⁷⁴ En:

‘(...) dat in hun geheel beschouwd, de werkzaamheden van Eurocontrol wegens hun aard en hun doel en de regels waaraan zij zijn onderworpen, neerkomen op het uitoefenen van prerogatieven inzake het toezicht op en de bewaking van het luchtruim, die typisch overheidsprerogatieven zijn. Zij hebben geen economisch karakter dat de toepassing van de mededingingsregels van het EEG-Verdrag zou kunnen rechtvaardigen.’²⁷⁵

271 Amtenbrink, F. en Vedder, H.H.B., *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, derde druk, p. 362 en 363.

272 Zaak 118/85 (Commissie/Italië AAMS).

273 Zaak C-364/92 (SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol).

274 Het ging om een heffing volgens een door de lidstaten vastgestelde formule, niet om het in rekening brengen van de daadwerkelijke kosten. Bij het notariaat zijn in zestien onderzochte landen de tarieven vastgesteld door de lidstaten, in Nederland zijn de tarieven (behalve één kleine uitzondering) vrij. Dat kunnen vaste, procentuele, minimum- en/of maximumtarieven betreffen. Door elf van de zeventien onderzochte landen werd aangegeven dat er sprake was van een cross-subsidie. Van subsidie van het notariaat door de lidstaten is nergens gebleken.

275 Zaak C-364/92 (Eurocontrol (1994)), in ECR I-61, par. 25.

Wat bedoelt het Hof daarmee? Hebben de werkzaamheden geen economisch karakter omdat er sprake is van overheidsprerogatieven of hebben de werkzaamheden op zich geen economisch karakter, los van die overheidsprerogatieven? Als het laatste het geval is, waarom is dan nog de vermelding nodig (in dezelfde r.o. 30) dat er sprake is van overheidsprerogatieven? Als het eerste het geval is, dan impliceert de uitoefening van overheidsprerogatieven dat er alsdan per definitie geen sprake kan zijn van een economische activiteit. Deze laatste opvatting kan enige steun vinden in hetgeen Buendia Sierra daarover zegt:

‘Surprisingly, the criterion which appears to have tipped the balance decisively in favour of the non-economic nature of the activity was the last one: the exercise by Eurocontrol of powers (...) which are typically those of a public authority and of powers of coercion which derogate from ordinary law and which affect users of air space.’

2. In *Diego Cali & Figli Srl tegen Servizi ecologici porto di Genova Spa (SEPG)*²⁷⁶ herhaalt het Hof in r.o. 23:

‘Wegens hun aard en doel en de regels waar aan zij zijn onderworpen, komen dergelijke inspectiewerkzaamheden dan ook neer op het uitoefenen van prerogatieven inzake de bescherming van het milieu, die typisch overheidsprerogatieven zijn. Zij hebben geen economisch karakter dat de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag zou kunnen rechtvaardigen.’

En in r.o. 25 wordt nog toegevoegd dat het feit dat er een vergoeding wordt gevraagd²⁷⁷ die conclusie niet verandert (in SAT staat in r.o. 28 een vergelijkbare opmerking²⁷⁸). Ook in dit arrest kan dezelfde vraag gesteld worden als aan het slot bij SAT is geformuleerd: wat bedoelt het Hof daarmee?

²⁷⁶ Zaak C-343/95 (SEPG).

²⁷⁷ Ook hier geldt dat het geen vergoeding is van de kosten, maar een heffing gebaseerd op het tonnage van de schepen. Dat is te vergelijken met de procentuele tarieven zoals die door negen van de zeventien onderzochte notariaten in rekening worden gebracht over het desbetreffende belang, bijvoorbeeld koopsom, hoogte hypothecaire lening, enzovoort. Terwijl ook nog eens dertien van de zeventien landen (daarnaast) een systeem van vaste tarieven kennen, die dus ook niet afhankelijk zijn van de daadwerkelijk gemaakte kosten.

²⁷⁸ Zaak C-364/92 (SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol), r.o. 28: ‘(...) moet Eurocontrol voor zover het de inning van de heffingen betreft, worden beschouwd als een krachtens overheidsbevoegdheid handelende overheidsinstantie (arrest LTU, zaak 29/76, LTU, r.o. 4 en 5).’ In LTU ging het over het toepassingsgebied van het Europese Executieverdrag. In r.o.4 overweegt het Hof dat ‘het Verdrag weliswaar van toepassing kan zijn op bepaalde beslissingen in geschillen tussen een overheidsinstantie en een particulier, doch dat anders is wanneer de overheidsinstantie krachtens overheidsbevoegdheid handelt’ en in r.o. 5 vervolgt het Hof: ‘dat ingevolge deze criteria het verdrag (bedoeld is het executieverdrag, ADP) niet van toepassing is op een beslissing in een geschil tussen een overheidsinstantie en een particulier, wanneer de overheidsinstantie krachtens overheidsbevoegdheid heeft gehandeld.’

3. In het meest recente arrest *Selex*²⁷⁹ over deze materie (ook over *Eurocontrol*) bevestigt het HvJ EU: “Voorts hebben volgens de rechtspraak van het Hof activiteiten houdende uitoefening van openbaar gezag geen economisch karakter dat de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag rechtvaardigt”. Terwijl wordt toegevoegd “dat omdat er sprake is van de uitoefening van overheidsgezag de uitgeoefende werkzaamheden *bijgevolg* niet van economische aard zijn”.²⁸⁰ En het HvJ EU vervolgt in r.o. 96:

‘Dienaangaande moet worden opgemerkt dat uit de punten 91 en 92 van het onderhavige arrest volgt dat de technische normalisatieactiviteit van *Eurocontrol* in haar geheel verband houdt met de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag en *bijgevolg* niet economisch van aard is.’

‘*Bijgevolg*’ is hier het kernwoord.

Als het uitoefening van openbaar gezag betreft, dan zou er geen sprake van een economische activiteit kunnen zijn en als er geen economische activiteit is, dan is er ook geen onderneming in de zin van het VWEU en de Mededingingswet.²⁸¹ *Selex* lijkt in 2007 daarmee duidelijker dan in de beide andere gemelde arresten te gaan richting van: als er sprake is van overheidsgezag, dan zou er *bijgevolg* (de term uit het arrest) geen sprake zijn van een economische activiteit. Dat gaat ver. Op de notaris geprojecteerd zou dat betekenen dat als de notaris overheidsgezag uitoefent, alsdan de uitgeoefende werkzaamheden *bijgevolg* niet van economische aard zouden zijn en alsdan de notaris geen onderneming zou uitoefenen. En vervolgens: als er geen onderneming zou worden uitgeoefend, dan kan er geen sprake zijn van toepasbaarheid van de mededingingsregels. De hele notariële beroepsgroep zou dan in Europa daarmee in een vrije mededingingsrechtelijke ruimte vallen, waardoor de mededingingsregels inderdaad niet op het notariaat van toepassing zouden kunnen zijn. En dat hoewel in heel Europa de notariële activiteiten wél voor eigen rekening en risico worden uitgeoefend²⁸² en de notarissen wél tot op zekere hoogte met elkaar concurreren. In Nederland zal wellicht meer dan in andere EU-landen van concurrentie tussen notarissen sprake zijn. Eigen rekening en risico duidt wél op een economische activiteit en daarmee zouden de notariële activiteiten wél onder de mededingingsregels vallen, evenals bijvoorbeeld de medisch specialisten²⁸³ en advocaten.²⁸⁴ Maar als het de uitoefening van

279 Zaak T-155/04 (*Selex* Zaak), r.o. 70.

280 Zaak T-155/04 (*Selex* Zaak), r.o. 96.

281 Zie ook *Amtenbrink en Vedder*, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, derde druk, p. 362-363.

282 Nu nog maar met één uitzondering: Baden-Württemberg in Duitsland.

283 *Zaken C-180-184/98* (*Pavlov en gevoegde zaken*), r.o. 82.

284 *HvJ EU 19 februari 2002, zaak C-309/99* (*Wouters*).

overheidsgezag betreft, zouden de uitgevoerde werkzaamheden bijgevolg niet van economische aard zijn en daardoor dus geen onderneming kunnen vormen. Ik verdedig dat weliswaar niet als onbetwiste stelling, maar geef wel aan dat het HvJ EU in het verlengde van de drie genoemde arresten heel wel tot dat oordeel zou kunnen komen.

In SAT Fluggesellschaft tegen Eurocontrol wordt in r.o. 30 geconstateerd dat er sprake is van typische overheidsprerogatieven. In de volgende zin wordt geschreven dat 'zij geen economisch karakter hebben dat de toepassing van de mededingingsregels van het EEG-verdrag zou kunnen rechtvaardigen'. Wat bedoelt het HvJ EU nu precies in SAT/Eurocontrol:

1. omdat er sprake is van overheidsprerogatieven kan de activiteit bijgevolg geen economisch karakter hebben;
2. of is er op zichzelf, uit eigen hoofde, dus los van of er al dan niet sprake is van overheidsgezag, al geen sprake van een economisch karakter? Immers, Eurocontrol stuurt dan wel een declaratie, maar heeft geen concurrentie in de uitoefening van haar taak²⁸⁵ en oefent dan mogelijk om die reden geen economische activiteit uit.

Als sub 1 aan de orde is, dan is er, zoals gezegd, ook ten aanzien van het instituut notaris bijgevolg geen sprake van een economische activiteit en is er daarmee geen sprake van een onderneming en valt de notaris daardoor niet onder de mededingingsregels. Mogelijk wordt dan het notariaat als instituut beschouwd en omdat het instituut notariaat als zodanig geen concurrentie ondervindt, zij is immers met overheidsprerogatieven belast, oefent zij geen economische activiteit uit en zou er een mededingingsrechtelijk vrije ruimte voor het notariaat ontstaan. Bij Eurocontrol kan er überhaupt geen sprake van concurrentie zijn. Het luchtruim kan immers niet gelijktijdig door meer instanties worden ingedeeld. Helemaal geen concurrentie is een stap verder dan geen concurrentie van buiten het instituut notariaat, maar wel van de notarissen onderling.

Als sub 2 aan de orde is, dan ligt het voor de notaris per kantoor anders dan bij Eurocontrol en Diego Cali (SEPG), omdat hij, weliswaar alleen binnen de kring van zijn notariële ambtgenoten, zijn ambt, hoezeer het wellicht ook de uitoefening van overheidsprerogatieven zou betreffen, toch wel in onderlinge competitie

²⁸⁵ Zaak C-364/92 (SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol), r.o. 28: '(...) moet Eurocontrol voor zover het de inning van de heffingen betreft, worden beschouwd als een krachtens overheidsbevoegdheid handelende overheidsinstantie (arrest LTU, zaak 29/76, LTU, r.o. 4 en 5).' In LTU ging het over het toepassingsgebied van het Europese Executieverdrag. In r.o. 4 overweegt het Hof dat 'het Verdrag weliswaar van toepassing kan zijn op bepaalde beslissingen in geschillen tussen een overheidsinstantie en een particulier, doch dat anders is wanneer de overheidsinstantie krachtens overheidsbevoegdheid handelt' en in r.o. 5 vervolgt het Hof: 'dat ingevolge deze criteria het verdrag niet van toepassing is op een beslissing in een geschil tussen een overheidsinstantie en een particulier, wanneer de overheidsinstantie krachtens overheidsbevoegdheid heeft gehandeld'.

uitoefent. In die optie zou de notaris dan mogelijk wél een economische activiteit uitoefenen, wél een onderneming vormen en dan ook wél onder de mededingingsregels vallen.

Er is naar aanleiding van de uitspraken inzake SAT uit 1994 en Diego Cali (SEPG) uit 1997, zoals we zagen, alle reden voor discussie. Die mening is ook Buendia Sierra toegegaan, als hij in zijn dissertatie schrijft dat het gebrek aan onderbouwing (*reasoning*) valt te betreuren: 'Although the final conclusions are correct, the lack of reasoning in the judgement is deplorable.'²⁸⁶ Vedder merkt op dat het HvJ EU in Diego Cali een wat betere onderbouwing geeft dan in SAT, maar hij acht het toch nog steeds wel erg *short cut* (kort door de bocht).²⁸⁷

Na SAT/Eurocontrol en SEPG (Diego-Cali) heeft het HvJ EU zijn standpunt in Selex bevestigd en zo te lezen, verduidelijkt, omdat er sprake is van de uitoefening van overheidsgezag en de uitgeoefende werkzaamheden bijgevolg niet van economische aard zijn (r.o. 70). Daarmee meen ik dat het HvJ EU in zijn laatste arrest opschuift in de richting van de hiervoor sub 1 omschreven optie van interpretatie. Dan zou daarmee in geval van de uitoefening van overheidsgezag/overheidsprerogatieven een desbetreffende activiteit geheel buiten de mededingingsregels vallen.

De lijn in geval van de uitoefening van overheidsgezag/overheidsprerogatieven ('dan ook geen economische activiteit') lijkt breder te worden aangehangen:

- Zelfs de NMa lijkt dicht tegen voormelde optie 1 aan te zitten, in haar formulering naar aanleiding van een klacht tegen de gemeente Leiden en het toenmalige bedrijf Energie en Watervoorziening Rijnland (EWR):²⁸⁸ '(...) dat aangezien de aan de EWR opgedragen taak als een overheidstaak moest worden aangemerkt en niet als ondernemingactiviteit, de EWR voor deze activiteit niet als onderneming kon worden aangemerkt'.
- Alison Jones en Brenda Sufrin²⁸⁹ geven aan dat entiteiten die geacht worden overheidsprerogatieven uit te oefenen, geen ondernemingen in de zin van het VWEU zijn en dat derhalve de artikelen 101 en 102 VWEU daarom op die entiteiten niet van toepassing zijn. Ook deze schrijvers halen het hiervoor genoemde Sat/Eurocontrol aan, evenals onder meer: Bodson,²⁹⁰ allemaal zaken waarin het uitoefening van overheidsprerogatieven betrof.

²⁸⁶ Buendia Sierra J.L.: *Exclusive rights and State Monopolies in EC Law* (diss. Zaragoza), 1999, p. 52.

²⁸⁷ Vedder, H., *Competition Law and Environmental Protection in Europe; Towards Sustainability?* (diss. UvA), 2003, p. 112.

²⁸⁸ NMa 29 februari 2000, zaaknr. 1337 (Wilders/Leiden en EWR).

²⁸⁹ EC Competition Law, 2e druk, p. 110 t/m 113, zo bijvoorbeeld: An entity, public or private, which performs tasks of a public nature, connected with the exercise of public powers or in the exercise of official authority will not be an undertaking, and so will be immune from the application of the rules.

²⁹⁰ Zaak 30/87 (Bodson): Artikel 85 van het verdrag (nu art.101 VWEU) heeft geen betrekking op concessie-overeenkomsten, gesloten tussen gemeenten handelend in hun hoedanigheid van overheid, en ondernemingen belast met uitvoering van een openbare dienst, r.o. 35, Corinne Bodson tegen SA Pompes funebres des region liberees.

- Immenga/Mestmäcker²⁹¹ stelt ‘dat de uitoefening van overheidsprerogatieven duidelijk als tegenstelling van een ondernemersactiviteit moet worden aangemerkt (artikelen 51 en 62 VWEU)’. Zij stellen dat de leden 1 en 2 van artikel 106 VWEU dezelfde richting aangeven. Voor een uitdrukkelijk ondernemingsbegrip verwijzen zij ook naar artikel 1 van Protocol 22 met betrekking tot de ‘Overeenkomst betreffende de Economische ruimte’ volgens welke ‘een onderneming ieder rechtssubject is dat een commerciële of economische activiteit uitoefent’. Het zwaartepunt van het ondernemingsbegrip ligt volgens I/M derhalve in de uitoefening van een (commerciële of) economische activiteit door een rechtssubject, maar ook zij stellen tevens dat deze formulering in tegenstelling staat tot de uitoefening van *hoheitlicher Gewalt seitens der öffentlichen Verwaltung* van de desbetreffende lidstaat. Zij geven aan dat uit de artikelen 45 lid 4, 51 en 62 VWEU de conclusie kan worden getrokken dat het VWEU de activiteiten in overheidsdienst (artikel 45 lid 4), maar ook de uitoefening van overheidsgezag, als tegenhanger gezien moeten worden van ondernemersactiviteiten.

Met toch de onzekerheid ter zake is het des te begrijpelijker dat de Europese Commissie dan nu allereerst maar eens uitgemaakt wil zien of de notaris wél of niet met overheidsgezag is belast en als dat niet zo zou zijn, dus geen overheidsgezag voor de notaris, dat dan ook notarissen uit EU-landen zich in alle andere lidstaten mogen vestigen. Maar wellicht nog belangrijker voor de Commissie is, dat als de notaris geen overheidsgezag zou uitoefenen, hij dan evenals bijvoorbeeld de medisch specialisten en advocaten een economische activiteit uitoefent, daarmee als onderneming wordt gekwalificeerd en daarmee onder de werking van de artikelen 101 en 102 VwEU valt. Of is het zo, dat als de notaris wel geacht wordt overheidsgezag uit te oefenen en met overheidsprerogatieven bekleed te zijn, dat dat dan ook impliceert dat de notaris geen economische activiteit uitoefent en derhalve buiten die mededingingsregels zou vallen. De eerste vraag ligt, zoals we zagen, concreet voor bij het HvJ EU. De tweede vraag zou in een bijoverweging aan de orde kunnen komen, zoals ook Cruz Villalón in zijn voormelde conclusie daar immers opmerkingen over maakt.

A-G Cruz Villalón²⁹² onderkent inderdaad wél die mogelijkheid als hij in zijn Conclusie opmerkt dat de ‘vaststelling van het Hof dat een werkzaamheid binnen de werkingssfeer van artikel 45, eerste alinea EG (nu 51 VWEU) valt, niet noodzakelijkerwijs betekent dat de in artikel 81 EG en 82 EG (nu 101 en 102 VWEU) vervatte mededingingsregels er niet op van toepassing zijn’. De advocaat-generaal voert in dat verband ook aan de zaak van de Europese Commissie tegen

291 Immenga en Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 4. Auflage, p. 135: als Unternehmen gilt seitdem in der Rechtsprechung des Gerichtshofs grundsätzlich ‘jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art der Finanzierung.’

292 Conclusie van 14 september in zaak C-47/08 e.a. in r.o. 134.

Nederland²⁹³ waarin werd geoordeeld dat de notaris (btw-)belastingplichtig is, aangezien hij als zelfstandige een economische activiteit verricht en geen deel uitmaakt van het staatsapparaat. De notaris is inderdaad een hybride rechtsfiguur, dat is duidelijk. Hij oefent overheidsgezag uit, maar doet dat voor eigen rekening en risico. En in dat hybride karakter zit nou juist het probleem. Zeker moet hij belasting betalen, maar aan hem zijn ook overheidsprerogatieven toevertrouwd.

Er zit wel degelijk het risico in dat de vaststelling van het feit dat de notaris met overheidsgezag belast is, zijn schaduw vooruitwerpt. Dan zou in de sfeer van de genoemde drie arresten er een uitleg kunnen komen die zou kunnen maken dat de constatering van overheidsgezag en overheidsprerogatieven bij de notaris bijgevolg betekent dat de notaris daarmee niet onder de mededingingsbepalingen zou vallen. Als vingerwijzingen in die richting en mogelijke bronnen van zorg van de Europese Commissie op dit terrein mogen gelden:

- de constatering van Houdijk (zie hierna) dat de begrippen overheidsgezag en overheidsprerogatieven steeds meer naar elkaar toe groeien (een opvatting die ook in deze dissertatie wordt ingenomen);
- r.o. 134 van de Conclusie van de advocaat-generaal, waarin hij onder meer schrijft: ‘De vaststelling van het Hof dat een werkzaamheid binnen de werkingssfeer van artikel 45, eerste alinea EG (nu 51 VWEU) valt, betekent niet noodzakelijkerwijs dat de in artikel 81 EG en artikel 82 EG (nu 101 en 102 VWEU) vervatte mededingingsregels er niet op van toepassing zijn.’ Omgekeerd kan dan ook geredeneerd worden, dat als een werkzaamheid wel binnen de werkingssfeer van nu artikel 51 VWEU valt, dat het dan wel eens zo zou kunnen zijn dat de mededingingsregels alsdan niet op die werkzaamheid (in casu het notariaat) van toepassing zijn.

De evenredigheidstoets van Cruz Villalon inzake 101 en 102 VwEU

A-G Cruz Villalón wil in de vraag omtrent de toepasselijkheid artikel 51 VWEU op het notariaat een evenredigheidstoets invoeren ter zake van de mate van overheidsgezag in relatie tot de discriminatie op grond van nationaliteit. Gezien de duidelijke bewoordingen van én artikel 51 VWEU én artikel 18 VWEU is daar, zoals eerder opgemerkt, naar mijn mening voor een evenredigheidstoets geen plaats.

Tot de toepassing van een evenredigheidstoets bij een minder duidelijke indicatie omtrent de relatie van overheidsgezag voor de notaris en de mededingingsregels van het VWEU, zou eerder aanleiding kunnen zijn. Daar waar de notaris wél geacht wordt met overheidsgezag belast te zijn, zou een evenredigheidstoets in relatie tot de werking van de artikelen 101/102 VwEU eerder van toepassing kunnen zijn. Immers, een bepaling inzake overheidsgezag zoals die van artikel 45 (voorheen 51) jo. 55 VwEU ontbreekt bij de anti-kartel en anti-misbruik artikelen.

²⁹³ Arrest van 26 maart 1987, 235/85.

Bij een als zodanig te hanteren evenredigheidstoets bij de artikelen 101/102 VWEU zal vervolgens ook de mate van concurrentie een rol kunnen spelen, zodat in een sterk geliberaliseerd notariaat, zoals in Nederland met zijn vrije tarieven, er van een grotere competitie sprake zal zijn dan in bijvoorbeeld een veel strakker gereguleerd notariaat in Duitsland. Daardoor zal er in bijvoorbeeld Duitsland eerder sprake zijn van een mededingingsrechtelijk vrije ruimte dan in Nederland. Uit de in het Tweede Luik opgenomen landenoverzichten is de mate van marktwerking in de diverse onderzochte EU-lidstaten te destilleren.²⁹⁴

3.11.1.2. *Verband overheidsgezag en overheidsprerogatieven*

Ook Houdijk²⁹⁵ onderscheidt de vrijverkeersbepalingen van de artikelen 34, 35, 45, 49, 56 en 63 VWEU, die in wezen een verbod aan de lidstaten opleggen, hoezeer zij ook horizontale werking moeten hebben, terwijl de antitrustbepalingen van de artikelen 101 lid 1 en 102 VWEU een verbod instellen dat gericht is aan de private actoren (de ondernemingen). De antitrustbepalingen hebben als gevolg van de door de EU-rechters ontwikkelde *effet utile*-leer (nuttig effect) ook hun weerslag gekregen op de lidstaten. Hij constateert ook dat de beide categorieën VWEU-bepalingen (vrijverkeersbepalingen en antitrustbepalingen) wat betreft de rechtsobjecten waarop ze gericht zijn, naar elkaar toegroeien. Vertaald naar het notariaat betekent dat een bevestiging van hetgeen eerder in dit boek is aangegeven, dat het overheidsgezag uit de vrijverkeersbepalingen en de overheidsprerogatieven uit de antitrustbepalingen ook naar elkaar toegroeien. Het hoeft en zal niet een een-op-eenvertaling (te) zijn, maar de beide begrippen zullen elkaar stellig beïnvloeden, in die zin dat als het één aanwezig wordt geacht, dan ook het andere begrip eerder op erkenning zal kunnen rekenen, waarna de consequenties als hiervoor omschreven zouden kunnen intreden.

3.11.1.3. *De notaris in de klem tussen ondernemer- en poortwachterschap*

De notaris wordt (anders dan de doorsnee ondernemer) in toenemende mate geacht, behalve met de belangen van partijen, ook met de interesses van derden, de overheid en de samenleving als geheel, rekening te houden.

De notaris int belastingen, bijvoorbeeld bij de overdracht van vastgoed. Hij zal de juistheid van de opgegeven waarden toch enigermate moeten beoordelen en lage uitschieters en daarmee te weinig belastingafdracht niet mogen accepteren. Er zullen lastige en gemakkelijke notarissen zijn. De rekkelijken zullen

²⁹⁴ In dit verband kan een vergelijking worden getrokken met de liberalisering van de voormalige nutssectoren. Daar werd ook rekening gehouden met uiteenlopende tempi van liberalisatie, hetgeen zich vertaalde in het opnemen van reciprociteitsclausules in de richtlijnen. Deze clausules staan de lidstaten toe om de eigen markt gesloten te houden voor aanbieders uit een andere lidstaat als die andere lidstaat hetzelfde doet.

²⁹⁵ Houdijk, J.C.A., Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen (diss. Nijmegen), 2009, p. 90 e.v.

populairder bij het grote publiek zijn dan de preciezen. In een commerciële/economische markt zal de verantwoord/precies handelende notaris beperkt commercieel kunnen presteren, juist omdat hij ook de belangen van derden en de samenleving dient. Een steeds sterker wordende roep om een notaris die zich dienstbaar opstelt ten opzichte van het publieke belang, verhoudt zich niet met een commercieel notariaat. Dat is een contraire beweging. Dat pleit voor een verantwoorde mate van regulering om de geprivatiseerde publieksdienaar te beschermen tegen de al te commerciële activiteiten.²⁹⁶ De uitzonderingen in het Verdrag en de nadere uitwerking in de gemelde arresten zouden wel eens (mede) met het oog op deze gewenste bescherming tot stand kunnen zijn gekomen en daarmee is er dan geen sprake van een verdragscontrair gevolg, maar juist van een consequent gevolg van verdrag en jurisprudentie. Dat zou dan weer pleiten voor de hiervoor geponeerde interpretatie van de drie arresten inzake overheidsgezag, dat omdat sprake is van overheidsgezag, er bijgevolg niet van een economische activiteit zou kunnen worden gesproken.

3.11.2. *De exceptie voor openbare ondernemingen ex artikel 106 lid 2 VWEU*

Naast de gemelde mogelijke generieke uitzondering voor het notariaat van de mededingingsbepalingen zijn er nog andere mogelijk beperktere excepties, die ook zullen worden besproken. De specifieke excepties zouden niet relevant zijn, indien er voor de notaris een mededingingsrechtelijk vrije ruimte zou bestaan. Voor het andere geval dat het notariaat wél onder de mededingingsbepalingen zou vallen, worden ook deze specifieke, niet generaal werkende excepties besproken, in ieder geval als handreiking aan beroepsorganisaties en overheden om een goede en verantwoorde proportionaliteitstoets te kunnen toepassen op nieuw te ontwerpen en eventueel te evalueren bestaande rechtsregels.

Artikel 106 lid 1 VWEU wijst de lidstaten erop dat zij geen enkele maatregel mogen nemen of handhaven die in strijd is met de regels van de Europese Verdragen, met name die bedoeld in de artikelen 18 en 101 t/m 109 VWEU, met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen.

In dezelfde sfeer worden de lidstaten in artikel 4 lid 3 VEU opgeroepen, om op basis van het beginsel van loyale samenwerking, de Unie en elkaar te respecteren en elkaar te steunen bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien en om ook alle maatregelen te treffen om de nakoming van de Europese bepalingen te verzekeren en om daarmee de vervulling van de taken van de Unie

²⁹⁶ Zoals voor bepaalde (confectionaire) akten een herinvoering van enige vorm van tarifiering en daarnaast voor alle akten de elders in deze dissertatie gemelde en aanbevolen acties als een goede nascholing, kwaliteitstoetsing, kwaliteitsprotocollen en toezicht.

te vergemakkelijken en geen maatregelen te treffen die de doelstellingen van het verdrag in gevaar zouden kunnen brengen.

Ook artikel 14 VWEU stelt, gezien de plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen dat de EU en de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat die diensten kunnen functioneren op basis van beginselen en voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen. Tot zover de aanmoedigingen tot loyale coöperatie door de lidstaten.

Een uitzondering vormt echter artikel 106 lid 2 VWEU. Dit tweede lid leidde aanvankelijk een sluimerend bestaan, maar mag zich inmiddels in een steeds grotere belangstelling verheugen. Lid 2 relateert de stelling van lid 1. Zijn de ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of dragen zij het karakter van een fiscaal monopolie, dan vallen zij weliswaar onder de regels van het Verdrag, met name onder de mededingingsregels, maar alleen voor zover die regels de vervulling van die taak niet verhinderen.

Naast de gemelde aanmoedigingen aan de lidstaten om hun medewerking te verlenen, wordt er in het VWEU ook van uitgegaan dat er bepaalde diensten zijn die onder omstandigheden en om moverende redenen niet onder de mededingingsregels van het VWEU vallen. Wanneer is dat het geval²⁹⁷ en hoe staat de notaris daarin?

3.11.2.1. De voorwaarden om onder de werking van artikel 106 lid 2 VWEU, respectievelijk de artikelen 11 en 25 Mw te vallen

Er moet aan vijf voorwaarden worden voldaan om onder de werking van 106 lid 2 VWEU te kunnen vallen:

1. Er moet sprake zijn van een onderneming.

Hiervoor kan het ondernemingsbegrip dienen van de artikelen 101 en 102 VWEU. Het begrip is in de jurisprudentie ruim geformuleerd en is hiervoor behandeld. Houdijk constateert dat artikel 106 lid 2 VWEU, op grond van die ruime definitie, van toepassing is op alle ondernemingen, zowel openbare als particuliere.²⁹⁸ De A-G P. Léger achtte deze exceptie niet van toepassing op de Nederlandse Orde van Advocaten, omdat deze Orde zelf (dus naast haar aangesloten advocaten) geen

²⁹⁷ In dit verband kan zaak C-67/96 gemeld worden (Albany International BV tegen Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie), waar het HvJ EU in r.o. 85 en 86 aangeeft dat in casu de rechtvaardiging in verband staat met de uitzondering op het ondernemersbegrip. De mate waarin de dienst niet-economisch is, is dan daar onvoldoende om een uitzondering op het ondernemingsbegrip te rechtvaardigen, terwijl deze wél een bijzonder recht zou kunnen rechtvaardigen. Belangrijk is in casu de evenredigheidstoetsing en de vermelding van een bijzonder recht dat daarmee gerechtvaardigd zou kunnen zijn, zoals het hiervoor gemelde artikel 106 lid 2 VWEU.

²⁹⁸ Houdijk, J.C.A., Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen (diss. Nijmegen), 2009, p. 74, waarbij hij verwijst naar de conclusie van A-G Léger in HvJ EU 19 februari 2002, zaak C-309/99 (Wouters), r.o. 159.

onderneming vormt.²⁹⁹ Het HvJ EU heeft echter voor een andere benadering gekozen en volgt de advocaat-generaal niet in deze stelling.

2. *Er moet sprake zijn van diensten van algemeen economisch belang.*

Het HvJ EU heeft aanvankelijk vastgesteld dat het begrip diensten van algemeen economisch belang een EU-begrip is dat in alle lidstaten gelijk moet worden toegepast.³⁰⁰ Het begrip diensten moet in de meest uitgebreide betekenis worden gelezen. Diensten van algemeen economisch belang zijn activiteiten die moeten worden uitgevoerd in het algemeen belang, aldus A-G Jacobs in *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV*.³⁰¹ Artikel 106 lid 2 VWEU is weliswaar in het belang van de EU, maar ook van de lidstaten, zo overweegt het Hof in Frankrijk tegen de Commissie, in de zaak van de telecommunicatie-eindapparatuur.³⁰²

Volgens Immenga/Mestmäcker³⁰³ moeten het algemene economische belang en de bijzondere opdrachten die aan de onderneming zijn verleend, een beroep op de vrijstelling van artikel 106 lid 2 VWEU rechtvaardigen. Daarom moet volgens deze schrijvers het algemene economische belang worden uitgelegd als een algemeen belang van de desbetreffende lidstaat. Dat algemene economische belang is aanwezig bij:

- de traditionele nutsbedrijven, zoals de posten bij Corbeau, die de stedelijke post zelf rondbracht, maar de afgelegen post via de reguliere Posten liet bezorgen³⁰⁴ en in de *Deutsche Post AG tegen Gesellschaft für Zahlungssysteme* en de gevoegde zaak *Citicorp*;³⁰⁵
- de levering van energie;³⁰⁶
- het beheer van afvalstoffen;³⁰⁷
- de ambulancediensten;³⁰⁸
- het beheer van havens;³⁰⁹
- de exploitatie van onrendabele luchtvaartroutes;³¹⁰

299 Conclusie A-G Léger in HvJ EU 19 februari 2002, zaak C-309/99 (Wouters), r.o. 167-169.

300 Zaak 10/71 (Ministere Public of Luxemburg v. Muller), 1971, ECR 723, par. 14-15.

301 Zaak C-203/96 (Chemische Afvalstoffen Dusseldorp B.V. tegen de minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer), 1998, 3 CMLR 873, par. 105.

302 Zaak C-202/88, par. 12 en ook zaak C-157/94 (Commissie tegen Nederland), over de import van electriciteit, 1997, ECR I-5699, par. 39.

303 Wettbewerbsrecht EG/ Teil 1, Immenga/Mestmacker, 4 Auflage, p. 778, nr. 65.

304 Zaak C-320/91 (Corbeau), par. 15.

305 Zaak C-147-148/97 (Deutsche Post c.s. en Citicorp Kastenservice GmbH).

306 Zaak C-393/92 (Almelo), ECR I-1477, par. 47 en 48; onder voorwaarden.

307 Zaak C-209/98, Sydhavnens, par. 76.

308 Zaak C-475/94 (Ambulanz Glöckner), par. 62-65.

309 Zaak C-266/96 (Corsica Ferries France SA tegen Gruppo Antichi Ormeggiatori del Porto di Genova), 1998.

310 Zaak 66/86 (Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro – GmbH).

- sectorale aanvullende pensioenfondsen;³¹¹
- het beheer van belangrijke waterwegen.³¹²

Het 26e Protocol gehecht aan het VEU geeft aan wat onder de diensten van algemeen economisch belang³¹³ in de zin van artikel 14 VWEU moet worden verstaan, waarmee via jurisprudentie en de protocoltekst, inmiddels duidelijk is wanneer sprake is van een algemeen economisch belang. In het 26^e protocol is een ruime discretionaire bevoegdheid voor de nationale, regionale en zelfs lokale autoriteiten gecreëerd om diensten van algemeen economisch belang te (doen) verrichten. Ook is er ruimte gemaakt om rekening te kunnen houden met verschillende geografische, sociale of culturele omstandigheden.

Eerder was het volgens A-G Jacobs in Dusseldorp³¹⁴ nog zo, dat pogingen om de criteria per land naar believen te interpreteren zouden stranden, het ging volgens hem om een begrip dat in het belang van een gelijke Europese rechtsontwikkeling in de lidstaten gelijk zou moeten worden gedefinieerd.³¹⁵ Echter, in *British United Provident Association Ltd (BUPA)* stelde het Gerecht³¹⁶ al dat de lidstaten wel een ruime beoordelingsbevoegdheid hebben met betrekking tot de omschrijving van wat zij als diensten van algemeen economisch belang beschouwen en dat de Commissie de omschrijving van die diensten door een lidstaat uitsluitend in geval van een kennelijke fout ter discussie kan stellen. In gelijke zin *Olsen/Commissie*.³¹⁷ Het Gerecht vervolgt in *BUPA*:³¹⁸

‘Deze bevoegdheid van de lidstaat betreffende de definitie van dienst van algemeen economisch belang wordt bevestigd door het ontbreken van zowel een speciaal aan de EU toegekende bevoegdheid als een nauwkeurige en volledige definitie van het begrip dienst van algemeen economisch belang in het EU-recht.’

311 Zaak C-67/96 (*Albany International B.B. tegen Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*).

312 Zaak 10/71 (ministerie van Publieke zaken van Luxemburg tegen Muller).

313 Artikel 1 van het 26e Protocol luidt als volgt: ‘De gedeelde waarden van de Unie met betrekking tot diensten van algemeen belang in de zin van artikel 14 van het VWEU omvatten met name:

- (i) de essentiële rol en de ruime bevoegdheid van de nationale, regionale en lokale autoriteiten om diensten van algemeen economisch belang te verrichten, te doen verrichten en te organiseren op een manier die zoveel mogelijk in overeenstemming is met de behoeften van de gebruikers;
- (ii) de diversiteit tussen verschillende diensten van algemeen economisch belang en de verschillen in de behoeften en voorkeuren van de gebruikers die kunnen voortvloeien uit verschillende geografische, sociale of culturele omstandigheden;
- (iii) een hoog niveau van kwaliteit, veiligheid en toegankelijkheid, gelijke behandeling en de bevordering van de algemene toegang en van de rechten van de gebruiker.’

314 Zaak C-203/96 (*Chemische Afvalstoffen Dusseldorp B.V. tegen de minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*), 1998, 3 CMLR 873, par. 105.

315 Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Immenga/Mestmacker, 4 Auflage, p. 778, nr. 65.

316 Zaak T-289/03 (*BUPA*), 12 februari 2008, r.o. 166.

317 Zaak T-17/02 (*Olsen/Commissie*), r.o. 216.

318 Zaak T-289/03 (*BUPA*), 12 februari 2008, r.o. 167.

Echter, volgens artikel 14 VWEU (oud artikel 16 EG) dragen de Unie en de lidstaten er nu zorg voor dat deze diensten functioneren op basis van beginselen en met name economische en financiële voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen, met de ruimte voor eigen inkleuring die het 26^e protocol geeft. Deze twee groepen voorwaarden zijn in het nieuwe verdrag in artikel 14 VWEU toegevoegd.

Dat betekent dat de lidstaat naast de Europese Commissie daarmee derhalve wel een discretionaire bevoegdheid heeft bij de bepaling van wat hij onder een dienst van algemeen economisch belang verstaat. Het desbetreffende land wordt daarmee, volgens het Gerecht, niet van de verplichting ontslagen om, wanneer het zich beroept op het bestaan en de noodzaak van de bescherming van een taak van algemeen economisch belang, erop toe te zien dat die taak voldoet aan de door de rechtspraak verduidelijkte minimumcriteria, criteria die voor alle taken van algemeen economisch belang in de zin van het VWEU gemeenschappelijk zijn. Verder moet de lidstaat dan nog aantonen dat in het onderhavige geval aan de desbetreffende criteria is voldaan. Het gaat er met name om dat sprake is van een overheidsbesluit waarbij de betrokken ondernemers worden belast met een taak van algemeen economisch belang en dat die taak universeel en verplicht van aard is. De lidstaat moet wel aangeven waarom de betrokken dienst als een taak van algemeen economisch belang moet worden onderscheiden. Anders dan het Gerecht in BUPA nog aangaf, heeft de Europese Commissie nu wel mede een taak en verantwoordelijkheid in het goede functioneren van deze diensten van algemeen economisch belang.

Het Gerecht geeft in BUPA³¹⁹ ook aan dat het universaliteitsbeginsel niet verlangt dat de betrokken dienst kosteloos is of ongeacht de economische rentabiliteit wordt aangeboden. Ook het feit dat de prijs van de verstrekte dienst niet is gereguleerd, noch aan een maximum is gebonden, doet niet af aan het universele karakter. De verplichte aard van de betrokken dienst vormt wel een essentiële voorwaarde voor het bestaan van een taak van algemeen economisch belang in de zin van het EU-recht. De ondernemers zijn in beginsel verplicht de betrokken dienst op de markt aan te bieden. Die verplichte aard sluit echter niet uit dat de ondernemer op de markt een zekere ruimte wordt gelaten, ruimte ook met betrekking tot de inhoud en de vaststelling van prijzen van de diensten die hij gaat verrichten. Volgens Van de Gronden³²⁰ is de consequentie van de ruimhartige werkwijze in BUPA dat aan een (open) groep van ondernemingen publieke dienstverplichtingen en daarmee diensten van algemeen economisch belang kunnen worden opgedragen. Tot BUPA werd het concept van diensten van algemeen

319 Zaak T-289/03 (BUPA), 12 februari 2008, r.o. 203.

320 Gronden, J.W. van de, *Hervormingen in een dienstbaar Europa, uit Europa in beeld* (oratie Nijmegen), deel 4, Deventer: Kluwer 2008, p. 20.

belang vooral toegepast op één of meer bepaalde ondernemingen. Hiermee kan dit concept ook in dienstensectoren een belangrijke rol spelen.

De lidstaat heeft dus een ruime discretionaire bevoegdheid bij de bepaling van wat hij onder een dienst van algemeen economisch belang verstaat. Maar de lidstaat is daarmee niet ontslagen van de verplichting om erop toe te zien dat die taak voldoet aan de door de rechtspraak verduidelijkte minimumcriteria die voor alle taken van algemeen economisch belang gemeenschappelijk zijn en aan te tonen dat in het desbetreffende geval inderdaad aan die criteria is voldaan. Het gaat er dan met name om dat er sprake is van een overheidsbesluit waarbij de betrokken ondernemers worden belast met een taak van algemeen economisch belang en dat die taak universeel en verplicht van aard is. Omgekeerd kan het feit dat de lidstaat niet bewijst dat aan die criteria is voldaan, een kennelijke beoordelingsfout vormen waartegen de Commissie moet optreden om niet zelf een kennelijke fout te begaan. Bovendien blijkt uit de rechtspraak met betrekking tot artikel 106 lid 2 VwEU, dat de lidstaat moet aangeven waarom hij meent dat de betrokken dienst wegens zijn specifieke karakter het verdient als van algemeen economisch belang te worden aangemerkt en van andere economische activiteiten te worden onderscheiden.³²¹ Naar mijn mening geeft dit aan de verschillende lidstaten met een *civil law*-systeem en een Latijns notariaat een ruim mandaat om zelf te bepalen hoe zij het ambt wil reguleren. De landen moeten dan wel nauwgezet bewijzen dat aan de gestelde criteria is voldaan, zodat de Europese Commissie niet kan aantonen dat er van een kennelijke beoordelingsfout sprake is.

In TV2/Danmark³²² werd bepaald dat TV2 een programma diende te bieden dat voldeed aan eisen betreffende kwaliteit, evenwicht, diversiteit, vrijheid van meningsuiting en cultuur en dat er dan sprake zou zijn van een dienst van algemeen economisch belang. Bovendien werd vastgesteld dat de mogelijkheid voor een lidstaat om een dienst ruim te omschrijven niet ter discussie kan worden gesteld door het feit dat de omroep tevens commerciële activiteiten verricht. Dat laatste kan een rol spelen bij het door sommigen aangebrachte onderscheid in wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden van een notaris, waarbij de mogelijk buitenwettelijke werkzaamheden niet de kwalificatie tot 'dienst van algemeen economisch belang' ten aanzien van de notaris verhindert.

321 Zaak T-289/03 (BUPA), 12 februari 2008, r.o. 172.

322 Gerecht 22 oktober 2008, zaken T-309/04, T-317/04, T-329/04, T-336/04 (TV2/Danmark A/S versus de Commissie en gevoegde zaken).

3. *De openbare onderneming moet belast zijn met de desbetreffende taak.*

Een simpel toestaan, goedkeuren of steunen door de overheid is niet voldoende, aldus Alison Jones en Brenda Sufrin³²³ en evenzo Immenga /Mestmäcker.³²⁴ Er moet sprake zijn van een wet of een bestuursrechtelijke regeling die dit met zoveel woorden zegt³²⁵ of het moet volgen uit een samenstel van regelingen ten aanzien van de EWR,³²⁶ waarbij de onderneming wordt aangewezen om een bepaalde taak te vervullen.³²⁷ Er kunnen/behoren ook eisen aan de kwaliteit te worden gesteld. Dat alles is ook nodig wanneer het om een duidelijk openbare onderneming gaat. De rechtsvorm van de onderneming is niet relevant. Immenga/Mestmäcker is van mening³²⁸ dat de A-G P. Léger in zijn slotopmerkingen in Wouters³²⁹ te ver gaat met de opvatting dat alle advocaten in Nederland als organen van de rechtspleging met een dienst van algemeen economisch belang zijn toevertrouwd. Dit omdat hun door de wet de bevoegdheid is verleend, voor alle gerechten op te treden en zij tevens bij overtreding van de voor hen geldende beroepsregels aan een speciale tuchtrechtspraak zijn onderworpen. De advocaten zijn volgens Immenga/Mestmäcker daarom geen openbare onderneming die belast zijn met een taak, naast het vorenstaande ook omdat zij niet per persoon als zodanig benoemd zijn. De notaris echter wordt in alle ondervraagde EU-lidstaten in persoon en op een vaste plaats van vestiging door de overheid benoemd. Alle taken zijn de notaris bij diverse wetten specifiek opgedragen: in Nederland bijvoorbeeld de exclusieve opdracht tot het opmaken en passeren van testamenten, huwelijksvoorwaarden, besloten en naamloze vennootschappen, verenigingen, overdrachten van onroerende zaken en hypotheek. De overheid verleent deze opdrachten aan gespecialiseerde juristen om daarmee de zekerheid van het desbetreffende rechtsverkeer te borgen.

4. *De evenredigheidstoets, ofwel: de taak van algemeen belang afgewogen tegen de Verdragsregels, met name de mededingingsregels.*

Aangetoond moet worden dat bij het toekennen van de uitzondering van artikel 106 lid 2 VWEU de interstatelijke handel niet onevenredig wordt beïnvloed.³³⁰ Uitzondering van de werking van de Verdragsvoorschriften inzake de mededingingsregels zijn strikt in zoverre te beperken, als voor de vervulling van

323 Jones en Sufrin, EC Competition Law, Oxford: Oxford University Press 2005, 2e druk, p. 569.

324 Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Immenga/Mestmäcker, 4 auflage, p. 765, nr. 45.

325 Zaak C-209/98 (Sydhavnens), r.o. 76.

326 Zaak C-393/92 (Almelo), r.o. 47.

327 Zaak 127/73 (BRT/Sabam II), r.o. 19 en 20.

328 Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Immenga/Mestmäcker, 4 auflage, p. 768, nr. 49.

329 A-G Leger in HvJ EU 19 februari 2002, zaak C-309/99 (Wouters). Leger stelt dat het Europese Hof de eisen t.a.v. een formele wet of bestuurlijke regeling aanzienlijk heeft verlicht. Die grotere flexibiliteit betreft echter uitsluitend de rechtsvorm van de bestuurlijke regeling, niet echter het onderscheid tussen individuele of algemene benoeming, aldus I/M in noot 177 op p. 769. Het Europese Hof heeft ter zake geen stelling genomen.

330 O.J. Slot, Ch.R.A. Swaak, M.S. Mulder, Inleiding mededingingsrecht, 4e druk, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 199.

de betreffende taak nodig is.³³¹ Proportionaliteit van de maatregelen derhalve: zijn ze passend en nodig, zijn er geen minder vergaande oplossingen? Bij Corbeau³³² en Sydhavnens³³³ werden de middelen om *cherry picking* door de concurrentie respectievelijk om afschrijving op zware, maar wel noodzakelijke, niet rendabele investeringen mogelijk te maken, als proportioneel geoordeeld ten opzichte van de desbetreffende taak. Te beginnen bij Corbeau heeft het HvJ EU zijn interpretatie opgerekt met een ruime toepassing van het proportionaliteitsbeginsel. Deze tendens heeft zich daarna voortgezet.

Het belang van de toepassing van artikel 106 lid 2 VWEU wordt in toenemende mate onderkend. Die trend was al aanwezig, maar wordt door de economische recessie nog eens versterkt. Uit het Elektriciteitsarrest³³⁴ blijkt dat de bewijslast rust op degene die deze exceptie inroept, of dat nu de regering van de desbetreffende lidstaat of de onderneming is. Bij het Elektriciteitsarrest overwoog het HvJ EU dat partijen niets hadden aangevoerd op grond waarvan kon worden vastgesteld dat het uitvoeren van de wettelijke taak (de distributie van elektriciteit) onmogelijk zou zijn indien er geen exclusieve contracten konden worden afgesloten.

Wat is aan te bevelen:

- de dienstverlening overlaten aan de markt;
- of zijn er omstandigheden die maken dat de dienst beter aan bepaalde professionals kan worden toegekend, zoals met notarissen is gebeurd en waarbij andere professionals van die bepaalde nauwkeurig omschreven dienstverlening zijn uitgesloten?

Of andersom geredeneerd: hoe wordt de consumentenwelvaart het beste gegarandeerd? Dat zal steeds weer opnieuw in elke zaak moeten worden beoordeeld. A-G Léger stelt dat de beperkingen van de mededinging alleen dan toelaatbaar zijn, voor zover zij noodzakelijk zijn om de taak van algemeen belang te laten vervullen.³³⁵ Ook hij noemt dat de proportionaliteitstoets: de beantwoording van de vraag of er geen minder mededingingsbeperkende mogelijkheden zijn. In de jurisprudentie van het HvJ EU gaat het vooralsnog veelal om economisch-bedrijfsmatige afwegingen.

331 S. Komm, Mitteilungen zu Leistungen der Daseinsvorsorge In Europa II, Abl. EG 2001, nr. C 17-04 Rndr. 23: 'zu prüfen sei, 'ob die Mittel, die zur Erfüllung des Versorgungsfrage eingesetzt werden, keine unnötigen Handelshindernisse erzwingen. Konkret ist sicher zu stellen, das Einschränkungen gegenüber den EG-Vertragsbestimmungen des Wettbewerbs oder der Binnenmarktfreiheiten, nicht über das zur tatsächlichen Erfüllung des Auftrags erforderliche Mass hinausgehen.'

332 Zaak C-320/91 (Corbeau).

333 Zaak C-209/98 (Sydhavnens).

334 Zaak C- 393/92 (Almelo), r.o. 47.

335 Conclusie in HvJ EU 19 februari 2002, zaak C-309/99 ((Wouters), r.o. 165.

Volgens Houdijk³³⁶ heeft artikel 106 lid 2 VWEU in de jurisprudentie geen uitgebreid *trackrecord* opgebouwd, welke van toepassing is op het gebied van belangen waarvan de behartiging op niet-economische wijze vorm of uitvoering krijgt. Toch hebben veel op het oog niet rechtstreeks economische belangen, zoals de zorg voor het milieu, de gezondheidszorg, het onderwijs, de sport en de recreatie, de rechtszekerheid, het milieu en zelfs de cultuur, vrijwel altijd ook een economische component. En daarmee zou artikel 106 lid 2 VWEU veel meer kunnen en mogen worden toegepast.³³⁷

5. *De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de EU.*

Naast de sub 4 gemelde evenredigheidseis vormt dit eigenlijk een (overbodige) extra proportionaliteitseis.

Het HvJ EU heeft in de Commissie tegen Nederland³³⁸ uitgemaakt dat het aan de Commissie was om te bewijzen dat het exclusieve recht de ontwikkeling van de interne Europese markt heeft aangetast en is blijven aantasten in een omvang die strijdig is met de belangen van de EU.³³⁹ Slaagt de Commissie daar niet in, dan wordt haar bezwaar tegen het exclusieve recht niet toegewezen.³⁴⁰ Volgens A-G Léger, wederom in Wouters,³⁴¹ gaat het hier om het bewijs dat het handelsverkeer tussen de lidstaten daadwerkelijk geschaad wordt. Alleen invloed op de handel tussen lidstaten is niet voldoende.³⁴² In de praktijk speelt dit vereiste dan ook geen grote rol en heeft het erg veel weg van een extra evenredigheidseis.

Het onderscheid tussen het Nederlandse en het Europese recht is in dit verband veelal niet van belang. Met dien verstande echter, dat artikel 7 Mw een drempel aangeeft waaronder het kartelverbod van artikel 6 Mw niet van toepassing is (de bagatelregeling) en derhalve de exceptie van artikel 106 lid 2 VWEU en voor Nederland van artikel 11 Mw niet aan bod komt, tenzij artikel 101 of 102 VWEU van toepassing is. De uitzondering van artikel 25 Mw op de werking van artikel 24 Mw, ter zake van het misbruik van een machtspositie, kan alleen door de raad van bestuur van de NMa op aanvraag worden verleend. De inhoudelijke norm is evenwel gelijk. Aangezien de meeste jurisprudentie aan het Europese recht is ontleend, is daar ook overwegend naar verwezen. De Nederlandse rechter is echter

336 Houdijk, J.C.A., Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen (diss. Nijmegen), 2009, hoofdstuk 3.7, p. 84.

337 Dat ligt natuurlijk ook bij de lidstaten. Zij zullen toch eerst bijzondere rechten moeten uitdelen voor er een EU-zaak van kan worden gemaakt.

338 Zaak 157/94 (Commissie tegen Nederland), 1997, ECR I-5699, par. 6672.

339 Zaak C-159/94, ECR I-5699, (1998) 2 CMLR 373, par. 65-68.

340 Zaak C 159/9 (Commissie tegen Frankrijk), (1997) 4 ECR I-5815, (1998) 2 CMLR 373, par. 109-116.

341 A-G P. Léger in zaak C-309/99 (Wouters), r.o. 166.

342 Houdijk, J.C.A., Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen (diss. Nijmegen), 2009, p. 85.

bevoegd. Wel kan onder omstandigheden een prejudiciële vraag aan de Europese rechter gesteld worden ter zake van deze materie.

3.11.2.2. *De notaris en de voorwaarden gesteld in de exceptie van artikel 106 lid 2 VWEU*

Om te beoordelen of de voorwaarden gesteld in artikel 106 lid 2 VWEU een rol spelen ten aanzien van de notaris en het door hem verzorgde dienstenpakket, zal elk van de vijf voorwaarden in die context nader worden beschouwd:

1. *Er moet sprake zijn van een onderneming.*

Het ondernemingsbegrip is hiervoor in paragraaf 3.6 behandeld. Voor het geval de notaris, ondanks mogelijk overheidsgezag, wel als ondernemer moet worden beschouwd, is aan het eerste vereiste voldaan.

2. *Er moet sprake zijn van universele diensten van algemeen economisch belang.*

Hiervoor in paragraaf 3.11.2.1 sub 2 zijn voorbeelden gegeven van diensten die volgens de Europese gerechtelijke instanties als diensten van algemeen economisch belang moeten worden aangemerkt.

Daar waar bijvoorbeeld de ambulancediensten, het beheer van afvalstoffen, het beheer van havens en loterijen door het Europese Hof zijn aangemerkt als universele diensten van algemeen economisch belang en de relevante criteria van BUPA en TV2/Danmark op het notariaat, als vooromschreven toepasbaar zijn, kan in zijn algemeenheid gesteld worden dat ook het notariaat diensten van algemeen economisch belang verleent. Het hangt echter van de concrete regeling af of er sprake is van mededingingsbeperkende voorschriften en of die dan door dat algemeen economisch belang worden gerechtvaardigd.³⁴³

3. *De openbare onderneming moet belast zijn met de desbetreffende taak.*

Iedere notaris wordt persoonlijk als zodanig bij Koninklijk Besluit benoemd. Andere wetten wijzen de notaris aan als, bij uitsluiting van andere instanties, de openbare ambtenaar die met de desbetreffende rechtshandelingen en het opmaken en passeren van de akten belast is. In BUPA is ook uitgemaakt dat een groep ondernemingen met een bepaalde taak kan worden belast. Alle notarissen zijn met de uitvoering van wettelijke taken belast. Bovendien is de notaris bestuursorgaan. Volgens de norm van A-G P. Léger in het Wouters-arrest³⁴⁴ voldoet ook

³⁴³ In het Eindverslag inventarisatie vrije beroepen: notariaat van mei 2007, komt de NMa tot het oordeel dat een aantal van de verordeningen van de KNB die rechtvaardiging niet verdienen.

³⁴⁴ A-G Léger in HvJ EU 19 februari 2002 (Wouters), zaak C-309/99. Léger stelt dat het Europese Hof de eisen t.a.v. een formele wet of bestuurlijke regeling aanzienlijk heeft verlicht. Die grotere flexibiliteit betreft echter uitsluitend de rechtsvorm van de bestuurlijke regeling, niet echter het onderscheid tussen individuele of algemene benoeming, aldus I/M in noot 177 op p. 769. Het Europese Hof heeft ter zake geen stelling genomen.

de advocaat aan de in dit lid gestelde eis. Ook via de strengere eis van Immenga/Mestmäcker³⁴⁵ voldoet de notaris aan de gestelde eis.

4. *De evenredigheidsstoets, ofwel: de taak van algemeen belang afgewogen tegen de verdrags- (mededingingsregels)regels.*

Door rechtszekerheid te verschaffen door middel van (de directe uitvoerbaarheid) van de notariële authentieke akten wordt de handel tussen de verschillende EU-landen en met andere landen juist gestimuleerd. Het is nodig om de Latijnse notariaten in de verschillende EU-landen zodanig te organiseren en te regelen, dat een optimum in rechtszekerheid bereikt wordt.

Een zekere mate van regulering voor het notariaat als belangrijke taak in het kader van de verzekering van rechtszekerheid, zal als proportioneel beoordeeld kunnen worden. Maar het zal van de concrete regel afhangen of dat inderdaad ook voor die desbetreffende regel het geval zal zijn, waarbij bovendien ook de wijze waarop het ambt in de betrokken lidstaat is georganiseerd, een rol zal spelen.³⁴⁶ Als de regeling vooral bedoeld is om de persoonlijke belangen van de beroepsbeoefenaren te beschermen, zal dat niet op proportionaliteit mogen rekenen. Als er een ander publiek belang mee gediend is, zal de regel met dat belang in evenwicht moeten zijn.

5. *De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de EU.*

Het is aan degene die zich beroept³⁴⁷ op de vrije mededinging om een bepaalde regel te bestrijden om daarbij te bewijzen dat de exclusieve rechten van de notarissen de ontwikkeling van de interne Europese markt hebben aangetast en zijn blijven aantasten in een omvang die strijdig is met de belangen van de EU.³⁴⁸ Wederom, juist door de notariële bijdrage aan een goed en geborgd rechtsverkeer, wordt het handelsverkeer in zijn ontwikkeling bevorderd. De eerdere argumentaties zijn hier andermaal van toepassing. De ontwikkeling van het handelsverkeer wordt door de notariële taak niet beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de EU. Het tegendeel is het geval.

De regeling van artikel 106 lid 2 VWEU is derhalve op de notaris van toepassing. Dat betekent dat de mededingingsregels uit hoofde van dit artikel op de notaris alleen van toepassing zijn voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hem toevertrouwde taak niet verhindert. De EU en de lidstaten hebben ingevolge artikel 14 VWEU de taak te zorgen dat de diensten van de notaris als diensten van algemeen economisch belang kunnen worden

345 Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, Immenga/Mestmacker, 4 auflage, p. 768, nr. 49.

346 HvJ EU 19 februari 2002, zaak C-309/99 (Wouters), r.o. 107.

347 En dat kan althans in Nederland eenieder zijn die een belang heeft binnen de relativiteitsvereisten die gelden voor een actie uit hoofde van onrechtmatige daad.

348 (1997) ECR I-5699, (1998) 2 cmlr 373, par. 65-68.

uitgeoefend op basis van beginselen en voorwaarden en specifieke regulering, die hen in staat stellen hun taken te vervullen. Voor een goede vervulling van de taak en ter bevordering van de rechtszekerheid is het noodzakelijk dat het notariaat goed geborgd wordt. Marktwerking en derhalve toepassing van de mededingingsregels in de EU-landen vormen een publiek belang, maar mogen niet zover gaan dat het ten koste gaat van het andere publieke belang van een rechtszeker handels- en rechtsverkeer. Het is aan de lidstaten om ervoor te zorgen dat het notariaat zodanig gereguleerd is, dat een voldoende mate van rechtszekerheid in handels- en rechtsverkeer kan worden gegarandeerd. Artikel 106 lid 2 VWEU en primair voor Nederland de artikelen 11 en 25 Mw zouden zijn aan te wenden om dat te bereiken.

Wederom is in zijn algemeenheid een borging gewenst en wordt de ontwikkeling van het handelsverkeer daar meer door bevorderd dan gehinderd, in die zin is ook aan de vijfde voorwaarde voldaan. Per regulering zal de proportionaliteit ook in die zin beoordeeld moeten worden.

3.11.2.3. De exceptie van artikel 106 lid 2 VWEU respectievelijk de artikelen 11 en 25 Mw maakt dat mededingingsregels niet onverkort op de notaris van toepassing zijn

Op ondernemingen die onder de termen van artikel 106 lid 2 VWEU vallen, zijn de antitrustbepalingen van het VWEU (met name de artikelen 101 en 102) niet van toepassing, voor zover althans door de toepassing daarvan de vervulling van hun bijzondere taak verhinderd wordt. Het verdrag spreekt van voor zover; dat betekent dat andermaal per regulering beoordeeld moet worden of en in hoeverre die taak daardoor verhinderd wordt. De proportionaliteitstoets zal worden toegepast. Het is aan de nationale rechter om te onderzoeken en te bepalen of en in hoeverre een onderneming een beroep kan doen op artikel 106 lid 2 VWEU. In Corbeau³⁴⁹ en uitgebreid in de Commissie tegen Nederland³⁵⁰ is gesteld dat de desbetreffende onderneming niet hoeft aan te tonen dat er geen andere weg is dan de door de Commissie of anderen betwiste regelen waaronder zij haar taak vervult. Zo kan bijvoorbeeld het hanteren van een cross-subsidie onder omstandigheden geoorloofd zijn.³⁵¹

In het standpunt dat de notaris overheidsprerogatieven uitoefent en hij geacht zou worden bijgevolg geen onderneming uit te oefenen, zijn de mededingingsregelen, om die reden, niet op hem van toepassing. De vraag of de notaris onder de werking van artikel 106 lid 2 VWEU respectievelijk de artikelen 11 en 25 Mw kan vallen, is om die reden bij dat standpunt niet relevant.

349 Zaak C-320/91 (Corbeau), par. 15.

350 Zaak C-202/88, par. 12 en ook zaak C-157/94 in de Commissie tegen Nederland (over de import van elektriciteit) (1997) ECR I – 5699, par. 39.

351 Zaak C-179/81 en gevoegde zaken (Edward en Hoskins).

In het andere geval kunnen de gemelde artikelen ook voor de notaris van belang zijn en kan de notaris op die gronden buiten de toepassing van de gemelde antitrustbepalingen vallen, voor zover de uitoefening van zijn taak door de mededingingsbepalingen wordt verhinderd. Het gaat daarbij dan om de notaris als ondernemer. Het gaat niet om de beroepsorganisatie (voor Nederland de KNB), die niet zelfstandig als ondernemer kwalificeert.

3.11.3. *De exceptie van artikel 101 lid 3 VWEU en de notaris*

Artikel 101 lid 3 VWEU geeft een uitzondering op de bepalingen (kartelverbod) van lid 1. Deze exceptie stelt voor zijn werking vier cumulatieve voorwaarden. Houdijk geeft aan dat artikel 101 lid 3 VWEU in wezen gericht is op economische efficiëntie en dat het eigenlijk niet geschikt is als rechtvaardigingsgrond voor in de kern niet-economische doelen, zoals de deontologische regels voor de advocatuur en (toevoeging ADP) het notariaat.³⁵² Waarbij op te merken valt dat deontologie niet noodzakelijk in strijd met economische efficiëntie hoeft te zijn, maar ook heel goed (mede) op efficiëntie gericht kan zijn.

Het Gerecht³⁵³ geeft aan dat de Commissie zich bij de beoordeling of artikel 101 lid 3 VWEU van toepassing is, kan baseren op overwegingen in het kader van algemeen belang. Bij de beoordeling of reguleringen in het notariaat al of niet door de beugel kunnen, is het voortdurend een afweging waarbij vrijwel altijd juist de publieke belangen een voorname rol spelen.

De vier voorwaarden waaraan moet worden voldaan, voordat de exceptie kan worden toegepast, behelzen twee positieve en twee negatieve eisen. Het kartelverbod van artikel 101 lid 3 VWEU kan buiten toepassing worden verklaard voor:

- elke overeenkomst of groep van overeenkomsten tussen ondernemingen;
- elk besluit of groep van besluiten van ondernemersverenigingen;
- elke onderling afgestemde feitelijke gedraging of groep van gedragingen, die aan de vier volgende voorwaarden voldoen, waarvan de eerste twee een positieve signatuur hebben en de tweede twee een negatieve:
 1. bijdragen tot verbetering van de productie of van de verdeling van de producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang,
 2. mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt en
 3. zonder aan de betrokken ondernemingen beperkingen op te leggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn,
 4. zonder de betrokken ondernemingen de mogelijkheid te geven voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

352 Houdijk, J.C.A., Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in 5 domeinen (diss. Nijmegen), 2009, p. 349.

353 Zaken T-528/93, T-543/93, T-546/93, r.o. 118.

Sub 1: verbetering als bij 1 gemeld moet de doelstelling zijn

Het is een brede opsomming van ook weer vier categorieën, waarbij het mogelijk, maar niet noodzakelijk is dat in sommige gevallen aan meer dan één, misschien wel aan alle vier de categorieën wordt voldaan. Het HvJ EU heeft uitgemaakt³⁵⁴ dat de desbetreffende verbetering een aanmerkelijke, objectieve verbetering moet vormen om daarmee de nadelen van de beperking in de mededinging te compenseren. In de *European Council of Manufacturers of Domestic Appliances (Ceced)*³⁵⁵ accepteerde de Commissie een concurrentiebeperking die ten doel had nog uitsluitend milieuvriendelijke machines te produceren. Mario Monti, toentertijd de verantwoordelijke Eurocommissaris ter zake, verklaarde naar aanleiding van deze goedkeuring door de Commissie voor het Europese Parlement dat milieuoverwegingen geenszins tegenstrijdig zijn met mededinging.³⁵⁶ In de Stichting Baksteen achtte de Commissie de maatregelen inzake de herstructurering van de baksteenindustrie acceptabel vanwege het gunstige sociale plan.³⁵⁷ Omdat voor 1 mei 2001 uitsluitend de Commissie bevoegd was om te oordelen over de toepasbaarheid van de onderhavige exceptie, is het ook vooral de Commissie die voor de uitspraken heeft gezorgd, zo ook bij De Stichting Baksteen. Ook werkgelegenheid is aanleiding geweest voor de toepassing van artikel 101 lid 3 VWEU, in *Matra Hachette*.³⁵⁸

Werkgelegenheid, sociaal plan en milieubescherming zijn onderwerpen die in dit kader als verbeteringen worden gekwalificeerd. Deontologische regels in het notariaat, die bijvoorbeeld een betere borging van de rechtszekerheid beogen, of de bevordering van de kwaliteit en/of de integriteit en/of de efficiëntie, zouden ook als verbeteringen kunnen worden aangemerkt. Deontologie in het notariaat is van belang voor de bevordering van de zekerheid in het rechtsverkeer, voor een verbetering van de notariële dienstverlening.³⁵⁹

Ook het notariaat zal onder omstandigheden aan de eerste voorwaarde betreffende de verbetering kunnen voldoen.

Sub 2: een billijk aandeel van de voordelen moet de gebruikers ten goede komen

Artikel 101 lid 3 VWEU is geschreven om het kartelverbod van lid 1 te matigen of op te heffen. Ondernemers zullen gebruikelijk zelf wel voordeel behalen uit zo'n

354 Zaken 56 en 58/64 (Consten SA& Grundig-Verkaufs-GmbH versus de Commissie).

355 Beschikking 2000/475.

356 'Restrictions of competition are proportionate and necessary to achieving the environmental objectives aimed at, to the benefit of current and future generations', *Intellectual Property*/00/148.

357 94/296/EG inzake IV 34.456 Stichting Baksteen. *PbEu L* 131/15.

358 Zaak T-17/93 (*Matra Hachette*), r.o. 89 e.v.

359 Zo is ook in dit verband relevant beschikking 1999/267, EPI. Zo ook Gerecht 28 maart 2001, zaak T-144/99 (*Instituut van erkende gemachtigden bij het Europees Octrooibureau tegen de EC*). Deze zaken onderbouwen de stelling dat voor deontologie wel degelijk ruimte is in artikel 101 lid 3 VWEU.

kartel. Het gaat er bij de tweede voorwaarde juist om dat ook de gebruikers een billijk deel van die voordelen moet toekomen.

De positieve effecten van een inbreuk op lid 1 zullen in balans moeten zijn met respectievelijk de consumenten moeten compenseren voor de negatieve effecten voor gebruikers. Als dat het geval is, worden de gebruikers niet door de desbetreffende overeenkomst/regeling benadeeld. De samenleving als geheel kan er baat bij hebben en dan is de inbreuk op lid 1 gerechtvaardigd.³⁶⁰ Hoe groter de inbreuk op lid 1 is, hoe groter ook het aandeel van de gebruikers in dat voordeel moet zijn.³⁶¹

Aannemers wilden zich door prijsafspraken beschermen tegen wat zij noemden een ruïneuze onderlinge competitie. De Europese Commissie nam hier stelling tegen. Het Gerecht hield de uitspraak van de Commissie in stand en wees de beperking van de desbetreffende prijsafspraken af, omdat de contractspartijen daarmee noodzakelijk de onderlinge concurrentie beperkten en daarmee de afnemers beroofden van hun voordelen.³⁶² In *Synthetic Fibres*³⁶³ oordeelde de Commissie echter dat de gebruikers ervan zouden profiteren als de ondernemers besloten tot een vermindering van de productie, in die zin dat daarmee de productie op langere termijn veiliggesteld zou worden en aldus een gezondere basis zou hebben.

Het begrip billijk aandeel in het voordeel is niet tot voordelen met een monetair karakter beperkt, maar omvat alle voordelen, zowel de kwantitatieve als de kwalitatieve.³⁶⁴ Betere advisering, de positieve effecten van een product, een betere bediening van de klanten, het bevorderen van een voortdurende verbetering en actualisering van het product, nieuwe verbeterde toepassing van de producten zijn voorbeelden van relevante verbetering.³⁶⁵ De afweging van voor- en nadelen zal in een totaalbalans moeten worden beoordeeld.³⁶⁶ De Commissie heeft de balans ten gunste van de verbetering laten doorslaan bijvoorbeeld inzake de volksgezondheid,³⁶⁷ veiligheid in het verkeer,³⁶⁸ milieubescherming (zie hiervoor in *Ceced*³⁶⁹), gegarandeerde energievoorziening³⁷⁰ en inzake een sociaal plan bij de afbouw van een bepaalde soort werkgelegenheid.³⁷¹

360 Aldus de Commissie in de richtlijnen ter zake van artikel 81 lid 3 EG, in par. 85.

361 Idem, in par. 90-1.

362 Zaak T-29/92 (SPO e.a. versus de Commissie).

363 PbEU L207/17.

364 Schröter in: Groeben H. von der und Schwarze J., *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, artikel 81 lid 3 EG, rn. 317.

365 Immenga/Mestmäcker: *Wettbewerbsrecht EG/Teil 1*, p. 397, punt 234.

366 Schröter in: Groeben H. von der und Schwarze J., *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, artikel 81 lid 3 EG, rn. 318.

367 Commissie 6 oktober 1994, PbEG 1994, L 309/1, rn. 89 'Pasteur Mérieux-Merck'.

368 Commissie 6 december 1994, PbEG 1994, L 354/87, rn. 24 'Asahi/Saint Gobain'.

369 Ceced, beschikking 2000/475.

370 Commissie 30 april 1991, PbEG 1991, L 178/31, rn. 33 'Scottish Nuclear, kernenergieafpraak'.

371 Stichting Baksteen, PbEU L 131/15.

Ruïneuze competitie (zoals door de bouwbedrijven zonder succes werd geclaimd) zou bij notarissen kunnen optreden. Dat zou het geval kunnen zijn in een marktonderdeel waar de kwaliteit van de akten, voor de consumenten niet transparant, niet te beoordelen zou zijn en de prijzen die daarvoor betaald moeten worden vrij zijn. Het effect zal dan zijn dat overwegend gekozen zal worden voor de goedkoopste aanbieder. Dat kan zo ver gaan dat de kwaliteit van de akten onder te grote druk komt te staan, omdat er voor aanbieders die hun marktaandeel willen vergroten of mogelijk (alleen maar) behouden, geen of onvoldoende stimulans is om meer dan een minimale kwaliteit te leveren. Zelfs is het leveren van een minder dan benodigde kwaliteit mogelijk, aangezien deze door de consument in het algemeen niet te beoordelen is.³⁷² In Nederland speelt dat met name in het consumptieve vastgoed. Het publieke belang, maar zeker ook het (voor consumenten niet of minder zichtbare) directe belang van gebruikers is ermee gediend dat dan regelingen komen, waardoor kwaliteit en integriteit wél geborgd worden. Op de lange termijn zou dan rechtszekerheid in de overdrachten van vastgoed en daarmee de betrouwbaarheid van de in de openbare registers opgenomen feiten en handelingen gediend zijn. Het beperkt echter wel de onderlinge competitie van notarissen en daarmee zullen consumenten hoogstwaarschijnlijk een hogere prijs moeten gaan betalen. Bij de notarissen zal een ruïneuze competitie het publieke belang kunnen schaden.

De beoordeling of dat minder zichtbare profijt voor partijen en samenleving op termijn opweegt tegen het nadeel van de hogere akteprijs, zal bepalend zijn voor de beantwoording van de vraag of gebruikers een billijk aandeel in het voordeel hebben. Voor andere deontologische regels geldt eenzelfde totaalafweging, die afhankelijk van de casus, verschillend kan uitpakken. Maar in principe zijn rechtszekerheid, rechtsbescherming en rechtspreventie vergelijkbaar valide criteria als de hiervoor genoemde milieubescherming, veilig verkeer, volksgezondheid en gegarandeerde energievoorziening. Ook deze voorwaarde zal dan voor het notariaat positief kunnen uitvallen, afhankelijk van de concrete casus.

Ook hier zal derhalve de proportionaliteit van de regeling moeten worden beoordeeld.

372 Zo ook Ott: Das Notariat im Spannungsveld von überliefertem Rechtsstatus und wirtschaftlicher Entwicklung- Eine Rechtsökonomische Untersuchung, German Working Papers in Law and Economics 2001/7, 11. En evenzo Murray: Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A comparative Study – Short Preliminary report of June 25, 2007, 18 f. Anders: Schmid und Pinkel in: Die Zulässigkeit nationaler Einschränkungen der Grundfreiheiten für juristische Dienstleistungen im Grundstücksverkehr vor dem Hintergrund des Verfahrens Kommission/Deutschland (EuGH C-54/08), European Law/Europarecht, Hanse Law Review, Vol. 5, No. 2, p. 157.

Sub 3: zonder aan de betrokken ondernemingen beperkingen op te leggen die niet onmisbaar zijn voor het bereiken van de doelstellingen

Met deze voorwaarde verbindt de vrijstelling ex artikel 101 lid 3 VWEU nadrukkelijk een specifieke betrekking tussen enerzijds de concurrentiebeperking en anderzijds het positieve effect van die beperking.³⁷³ Amtenbrink en Vedder achten deze derde voorwaarde weinig anders dan een noodzakelijkheidstoets.³⁷⁴ De Commissie onderwerpt deze noodzakelijkheidstoets aan twee vragen:³⁷⁵

1. zijn er ook alternatieven die een minder concurrentiebeperkend effect hebben; en
2. zijn ook alle afzonderlijke onderdelen van de concurrentiebeperkende maatregelen echt noodzakelijk om het gewenste doel te bereiken.³⁷⁶

Hoe zwaarder de concurrentiebeperking is, hoe strenger ook de noodzakelijkheid gewogen zal worden³⁷⁷ en hoe groter de verbetering (sub 1) is, hoe lichter de noodzakelijkheid gewogen zal worden.

Voor het notariaat zal ook deze voorwaarde van geval tot geval moeten worden gewogen. Proportionaliteit respectievelijk noodzakelijkheid komt ook hierbij weer aan de orde.

Sub 4: zonder de betrokken ondernemingen de mogelijkheid te geven om voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen

De desbetreffende inbreuk op de kartelbepalingen mag niet leiden tot een substantiële uitschakeling van de mededinging. In feite zal dan het gehele scala van overblijvende mededingingsparameters worden beoordeeld. Er moet genoeg mededinging overblijven. De notariële beroepsgroep heeft in haar totaal in een bepaald land, voor de aan haar verleende prerogatieven een marktaandeel van honderd procent, andere aanbieders van de desbetreffende dienst worden niet 'op de markt' voor die diensten toegelaten. Maar binnen die beroepsgroep is er wel sprake van (meer of minder) competitie, waarbij in Nederland die concurrentie aanzienlijk is bevorderd door de tarieven geheel vrij te laten. Als er overigens aan de voorwaarden van artikel 101 lid 3 VWEU is voldaan, zal er toch aanmerkelijke en wezenlijke competitie bijvoorbeeld op marktaandeel, ook binnen de uitoefening van de prerogatieven, overblijven. Hoeveel restcompetitie is er dan nog, dat is waar het bij sub 4 in feite om gaat. Wat is er nog te concurreren als in een land bijvoorbeeld de prijzen voor iedere notaris verplicht gelijk zijn? Dan zouden nog

373 Mestmäcker/Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 353.

374 Amtenbrink en Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, 3e druk p. 385, nr. 62.

375 Immenga/Mestmäcker: *Wettbewerbsrecht EG/Teil 1*, p. 409, nr. 264.

376 Commissie richtlijnen toepassing artikel 81 lid 3 EG, lid 3, rn. 73.

377 Commissie richtlijnen toepassing artikel 81 lid 3 EG, lid 3, rn. 79.

zaken als toegankelijkheid, snelheid, vriendelijkheid, parkeerplaats en dergelijke een rol kunnen spelen in de keuze voor een notaris.

Ook deze voorwaarde sub 4 zou, als aan de andere voorwaarden voldaan is, op zich geen beletsel voor de toepassing van deze exceptie binnen het notariaat moeten kunnen vormen.

Voor Nederland regelt artikel 12 Mw de nationale doorwerking van de exceptie van artikel 101 lid 3 VWEU, zodat al het in dit kader geschrevene niet door de nationale mededingingsregels wordt gefrustreerd, hetzelfde geldt in andere lidstaten.

Het notariaat met haar deontologische regels kan onder omstandigheden op die manier vallen onder de exceptie van artikel 101 lid 3 VWEU. De beoordeling zal weer van geval tot geval, van regel tot regel moeten plaatsvinden. De Mededingingswet conformeert zich aan de regeling van het VWEU.³⁷⁸

3.11.4. *De exceptie van de rule of reason*

Houdijk onderkent een in het Europese vrijverkeersrecht ontwikkeld concept van de *rule of reason*.³⁷⁹ Hij geeft aan/toe dat de EU-rechters de *rule of reason* niet expliciet erkend hebben, maar dat van enige sympathie wel sprake lijkt te zijn. Hij ziet in de *rule of reason* een goede oplossing om te komen tot een afweging tussen botsende economische en niet-economische belangen. Hij onderscheidt bij de *rule of reason* op grond van dwingende eisen van algemeen belang vijf voorwaarden:³⁸⁰

1. een EU-regeling ter zake ontbreekt;
2. de nationale regel wordt niet om puur economische redenen toegepast;
3. het belang dat de nationale regel beoogt te beschermen is van voldoende gewicht;
4. de nationale maatregel mag niet discrimineren;
5. de nationale maatregel dient proportioneel te zijn.

Daarbij valt de proportionaliteitseis uiteen in drie deelvoorwaarden: geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid (proportionaliteit *stricto sensu*). Houdijk³⁸¹ stelt daarbij, in navolging van Buendia Sierra,³⁸² dat de proportionaliteit in de kern is

378 Anders: Houdijk, J.C.A., Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen 9 diss. Nijmegen), 2009, p. 349.

379 Houdijk, J.C.A., Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen (diss. Nijmegen), 2009, p. 88 e.v.

380 Houdijk, J.C.A., Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen (diss. Nijmegen), 2009, p. 89.

381 Houdijk, J.C.A., Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen (diss. Nijmegen), 2009, p. 93.

382 Buendia Sierra, J.L., Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law (diss. Zaragoza) 1999, p. 301.

terug te brengen tot een toets naar het bestaan van alternatieven. Mortelmans³⁸³ merkt op dat de proportionaliteitstoets bij de *rule of reason* ook weer verschilt in zwaarte naargelang het niet-economische belang dat voorligt.

De heersende leer wijst de *rule of reason* als weginginstrument af.³⁸⁴ Het HvJ EU heeft tot dusverre slechts éénmaal en dan nog slechts zijdelings stelling genomen in Montecatini,³⁸⁵ waarbij het overweegt dat de *rule of reason* geenszins kern of hardcore beperkingen op het kartelrecht kan rechtvaardigen. Evenzo het Gerecht in Montedipe,³⁸⁶ waarbij het erop wijst dat de omstandigheid dat het gaat om een zeer duidelijke inbreuk op artikel 101 lid 1 VWEU (in het bijzonder a, b en c) in ieder geval in de weg staat aan de toepassing van de *rule of reason*. Zulks in de veronderstelling dat een dergelijke regel in het kader van het EU-mededingingsrecht zou kunnen worden toegepast, daar zij dan moet worden aange-merkt als zijnde per se in strijd met de mededingingsregels. In 2001 stelt het Gerecht in Métropole Télévision³⁸⁷ vast, dat het bestaan van een *rule of reason*³⁸⁸ in het EU-mededingingsrecht, in het kader van de toepassing van artikel 101 VWEU door de rechterlijke instanties van de Unie, niet is erkend.³⁸⁹ In 2003 bevestigde het Gerecht deze opvatting in Van den Bergh Foods Ltd tegen de Commissie³⁹⁰ en geeft daarbij aan dat in het EU-mededingingsrecht een *rule of reason* niet bestaat. Tevens merkt het Gerecht in dat arrest op dat een zodanige afweging als met de *rule of reason* bedoeld is, uitdrukkelijk is voorzien in artikel 101 lid 3 VWEU.

Moeilijk te rijmen met de hiervoor aangegeven opvatting van het Gerecht en het HvJ EU is de opvatting van de Commissie³⁹¹ dat de *rule of reason* wel zal kunnen worden toegepast. Als dat de boventoon zou voeren, is daarmee een algemene erkenning van de *rule of reason* een feit. Met Immenga/Mestmäcker ga ik ervan uit dat de beide opvattingen niet verenigbaar zijn.³⁹²

Ook Whish is van mening dat de *rule of reason* door het HvJ EU zeker niet in Wouters,³⁹³ maar ook overigens in het Europese mededingingsrecht, niet is geaccepteerd.³⁹⁴

383 Mortelmans, K.J.M., Botsende algemene belangen en de werking van de interne markt, SEW, 52 (2004), p. 240-252.

384 Zie Immenga/Mestmäcker 2007, p. 219, nr. 248; hij noemt de schrijvers Emmerich, Everling, Frenz, Mestmäcker/Schweitzer, Schröter, P. Ulmer en Wils.

385 Zaak C-235/92 (Montecatini).

386 Gerecht zaak T-14/89 (Montedipe), r.o. 265; evenzo T-148/89 (Tréfilion/Commissie), r.o. 109.

387 Gerecht zaak T-112/99 (Metropole Télévision (M6)), r.o. 72.

388 Waarbij de positieve en negatieve gevolgen van een overeenkomst voor de mededinging tegen elkaar moeten worden afgewogen teneinde te bepalen of die overeenkomst onder het in dat artikel gestelde verbod valt.

389 Vervolgens hanteert het Gerecht wel een methode die veel weg heeft van de *rule of reason*. Dus *what is in the name?*

390 Gerecht zaak T-65/98 (Van den Bergh Foods Ltd), r.o. 106.

391 Commissie 6 januari 2001 en 27 april 2004.

392 P. 220.

393 Whish, Competition law, 5e druk, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 127.

394 Whish, Competition law, 5e druk, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 125.

Houdijk³⁹⁵ blijft van mening dat de *rule of reason* zijn nut zou kunnen hebben bij de toepassing van het EU-mededingingsrecht. Dat ben ik met hem eens, het zou zijn nut kunnen hebben en het is een evenwichtige benadering, maar het wordt niet geaccepteerd door de Europese rechters.

Appeldoorn en Vedder zijn van mening dat het hebben van – op zijn minst – aarzelingen bij het hanteren van het begrip *rule of reason* in de Europese context gerechtvaardigd lijkt.³⁹⁶

Hoe evenwichtig de door Houdijk geformuleerde *rule of reason* ook moge zijn, waar het HvJ EU duidelijk andere wegen heeft bewandeld, valt niet in te zien waarom niet simpel en veiligheidshalve daarbij aangesloten zou worden. Dat lijkt vooralsnog kansrijker dan de onzekere weg van de evenwichtige, maar niet erkende (Europese) *rule of reason*, nog afgezien van de grote spraakverwarring die bestaat omtrent het begrip *rule of reason*: de Amerikaanse, of Europese, of de inmiddels door Houdijk nader ingekleurde variant?

Er zijn wel meer erkende methoden die dan de voorkeur zouden moeten krijgen. Waarbij overigens alle methoden in de kern wel erg veel overeenkomsten vertonen en met toepassing van die kern er in alle gevallen tot een verantwoorde afweging kan worden gekomen. De mogelijkheid van nationale inkleuring treffen we uitsluitend bij Wouters aan, daarover nu meer.

3.11.5. De Wouters-exceptie, de afweging met niet-economische factoren

3.11.5.1. Kern van de Wouters-toets

De kern van de *rule of reason*-toets, de norm van proportionaliteit *sensu lato*, van proportionaliteit in brede zin, komt terug in Wouters.³⁹⁷ Bij Wouters ging het om een verbod van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) op de samenwerking van advocaten met accountants. Advocaten mochten al wel vele jaren samenwerken met notarissen en belastingadviseurs, maar nadrukkelijk niet met accountants. Het Hof geeft aan dat het verbod in de samenwerkingsverordening weliswaar mededingingsbeperkend is, maar toch acceptabel, omdat zij redelijkerwijs noodzakelijk geacht kon worden ter verzekering van de goede uitoefening van het beroep van advocaat, zoals dat in de betrokken lidstaat is georganiseerd.³⁹⁸

Rekening moet worden gehouden met de noodzaak om regels vast te stellen inzake organisatie, bekwaamheid, deontologie, toezicht en aansprakelijkheid, die

395 Houdijk, J.C.A., Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen (diss. Nijmegen), 2009, p. 90.

396 Appeldoorn/Vedder, Mededingingsrecht, Groningen: Europa Law Publishing 2010, p. 58.

397 HvJ EU 19 februari 2002, zaak C-309/99/Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten (Wouters).

398 HvJ EU 19 februari 2002, zaak C-309/99 (Wouters), r.o. 107.

aan de eindgebruikers van juridische diensten de nodige garantie van integriteit en ervaring bieden en een goede rechtsbedeling verzekeren.³⁹⁹

Ook hier is de eerder omschreven stelling van Buendia Sierra van toepassing: dat de proportionaliteit in de kern is terug te brengen tot een toets naar het bestaan van alternatieven en dat dit een vraagstelling betreft waarbij zich veel problemen voordoen in de afweging met andere met name minder verstrekkende methoden.⁴⁰⁰

Hiermee heeft het HvJ EU in wezen een nieuwe exceptie geïntroduceerd voor beperkingen die inherent zijn aan een niet-economisch doel. Hoewel, nieuw dat is betrekkelijk. Uiteindelijk lijken de excepties alle op elkaar en ook op de niet door het HvJ EU erkende *rule of reason*.

3.11.5.2. Regulering door overheid respectievelijk NOvA

Als de regeling was opgelegd door de overheid, dan zou getoetst moeten worden aan artikel 56 VWEU. Dan zou de mededingingsbeperking geoorloofd zijn geweest als beoogd werd een gerechtvaardigd doel van publiek belang te bereiken.⁴⁰¹ Op zich is dat een belangrijke constatering. Immers, als de Nederlandse overheid die regels zou vaststellen en dat doet zij inzake het notariaat middels:

- de wet op het notarisambt en
- de al dan niet goedkeuring van de verordeningen van de KNB,

dan zou de toetsing aan artikel 56 VWEU zich beperken tot de vraag of er een gerechtvaardigd publiek belang mee gediend is.

Ook voor andere landen van de EU met een Latijns notariaat is dat van belang voor het geval er überhaupt aan een weging zou worden toegekomen. Uit de overzichten betreffende de notariële regelingen in de zeventien onderzochte EU-landen met een Latijns notariaat blijkt welke regelingen er zijn en door wie deze zijn vastgesteld. Bij verschillende regelingen is door respondenten ook het waarom van een regeling aangegeven.

Heringa en Verloren van Thémaat⁴⁰² stellen dat in Wouters dezelfde redenering als in artikel 56 VWEU wordt gevolgd, maar dat in casu niet de overheid zelf

399 HvJ EU 19 februari 2002, zaak C-309/99 (Wouters), r.o. 97.

400 Buendia Sierra, J.L., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, Oxford: Oxford University press 1999, p. 301.

401 Zaak C-309/99 (Wouters), r.o. 68: een lidstaat kan, wanneer hij regelgevende bevoegdheden aan een beroepsorganisatie verleent, zelf de criteria van algemeen belang vastleggen en de essentiële beginselen waaraan de uit te vaardigen regelgeving moet voldoen, alsook de bevoegdheid aan zich houden om zelf in laatste instantie te beslissen. In dat geval behouden de door de beroepsorganisatie uitgevaardigde regels een overheidskarakter en ontsnappen zij aan de voor ondernemingen geldende Verdragsregels.

402 WPNR nr. 6645, 3-12-2005, p. 933.

de desbetreffende regels vaststelt, maar een ondernemersvereniging op grond van een door de overheid gegeven bevoegdheid.⁴⁰³

3.11.5.3. *Onafhankelijkheid advocaten, Enron en Nivra*

Het ging bij Wouters om de onafhankelijkheid en de geheimhoudingsmogelijkheden van de advocaten in een samenwerkingsverband met accountants.⁴⁰⁴ Het Hof achtte het redelijkerwijs noodzakelijk om daarmee het goede verloop van de gang van zaken te verzekeren.

De zaak Wouters speelde in de tijd en in de sfeer die was ontstaan na het Enron-debacle.⁴⁰⁵ Met name de onafhankelijkheid van accountants en juristen kreeg nationale, Europese en wereldwijde aandacht en moest door regelgeving worden gewaarborgd. Ook bij de besluitvorming van de KNB inzake het wel of niet met accountants samenwerken, waartoe de overheid dringend aanspoorde,⁴⁰⁶ heeft deze overweging een rol gespeeld.⁴⁰⁷ Daarnaast speelde vooral een rol het feit dat het Nivra een beroepsregel in voorbereiding had waardoor accountants uitsluitend interdisciplinair mochten samenwerken, mits zij ten minste 51% van de zeggenschap in het samenwerkingsverband zouden hebben.⁴⁰⁸ Deze regel vormde inderdaad een degelijke borging van de overwegende zeggenschap van de accountants, maar betekende gelijktijdig een minderheid voor elk van de andere samenwerkende disciplines. Voor advocatuur, notariaat en belastingadvisering bleef er dan samen 49% van de zeggenschap over. De onafhankelijkheid van de één gaat dan, als bij communicerende vaten, ten koste van de onafhankelijkheid van de ander.

403 Evenzo Wish R., *Competition law*, 5e druk, Oxford: Oxford University Press 2003, p. 121.

404 Zaak C-309/99, r.o. 105.

405 Wish, R., *Competition Law*, 5e druk, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 121.

406 Aanvaarding motie G. de Jong, van 14 april 1998, waarin de regering verzocht werd in overleg te treden met notarissen en andere relevante beroepsbeoefenaren omtrent de wenselijkheid van interdisciplinaire samenwerking (IDS) door notarissen. Deze motie had tot gevolg de samenstelling van een werkgroep van relevante beroepsgroepen om te adviseren over IDS. De werkgroep werd ingesteld in oktober 1999, door de minister van Economische Zaken en de staatssecretaris van Justitie en stond onder voorzitterschap van mr. H.F. van den Haak, oud-president van het Hof Amsterdam.

407 Althans is met de stemming ter zake rekening gehouden. Dit is mij (ADP) bekend, omdat ik destijds nauw bij de desbetreffende besluitvorming betrokken was en dat ook heb uitgesproken in de rede op de ALV in najaar 2002.

408 Deze regel werd vastgesteld met ingang van 1 januari 2003 en betrof een implementatie van de aanbevelingen van de Europese Commissie in de achtste Europese richtlijn. Artikel 3.2.1 van de nadere voorschriften inzake de onafhankelijkheid van de accountants luidde als volgt: '(...) moet: a. de meerderheid van de stemrechten (50% plus 1 stem) in een accountantsorganisatie die een rechtspersoon is direct of indirect in handen zijn van natuurlijke personen die bevoegd zijn de wettelijke controle ex art. 293 BW uit te voeren (...)'

3.11.5.4. *Wouters bevestigd*

Hoe dan ook, in Wouters wordt uitgegaan van:

- de redelijkerwijs noodzakelijkheid van de desbetreffende beroepsregel; en
- ... zoals dat in de betrokken lidstaat is georganiseerd ...⁴⁰⁹

Wendt acht het *striking* dat het HvJ EU een nieuwe aanvullende grond vindt om een beperking van de mededinging op deze wijze te accorderen, ‘zonder zelfs ook maar de in het VWEU omschreven excepties te vermelden’⁴¹⁰ (hoewel zij ook constateert dat in die tijd nog uitsluitend de Europese Commissie een beroep op artikel 101 lid 3 VWEU kon toekennen). Zij is voor een meer *finetuned manner* dan in Wouters wordt gehanteerd.⁴¹¹ De genoemde criteria van Wouters geven wel houvast, zij het dat de uitkomst inderdaad van land tot land enig verschil te zien zou kunnen geven. Ik meen dat daar juist ruimte voor mag zijn, zeker gezien de (ook toen al) Europa-kritische tijdgeest. Ondanks de modernisering van het Europese mededingingsrecht in mei 2004 (waarbij niet meer gold dat uitsluitend de Commissie een beroep op artikel 101 lid 3 VWEU kon toekennen), bevestigde en versterkte het HvJ EU de Wouters-doctrine in Meca-Medina II (dopingcontrole in de sportwereld) in vrijwel dezelfde bewoordingen,⁴¹² inherent, proportioneel en noodzakelijk.

Ook Wendt is wel van mening dat bepaalde regelingen voor de vrije beroepen terecht en vanwege goede redenen de mededinging kunnen beperken, maar volgens haar moet de Wouters-oplossing geen verdere navolging krijgen. Zij opteert voor het gebruik van de verdragsexcepties van de artikelen 101 lid 3 en 106 lid 3 VWEU, die volgens haar prima geschikt zijn voor de weging van zowel economische als niet-economische algemene belangen.⁴¹³ De beide gemelde verdragsexcepties kunnen inderdaad worden gebruikt, maar niets verhindert een voortzetting van het gebruik van de door het HvJ EU op maat gesneden Wouters-doctrine, zeker ook met de in die uitspraak gegeven ruimte voor nationale accenten. Maar juist door het erkennen van die ruimte voor het eigene van de lidstaten in Wouters, maakt het voor de hand liggend dat die ruimte ook kan worden genomen bij de toepassing van de gemelde overige verdragsexcepties.

Het HvJ EU heeft de Wouters-uitspraak wel degelijk gedaan (en bevestigd in Meca-Medina II) en daar relevante criteria voor gehanteerd, wat er ook van zij van de vraag of er wel of geen minder vergaande oplossingen waren geweest en of

⁴⁰⁹ Zaak 309/99 (Wouters), r.o. 107.

⁴¹⁰ Wendt, I., *The tension between rules regulating the (liberal) professions and EC Competition Law* (diss. Maastricht), 2009, p. 242. Striking ofwel frappant, merkwaardig.

⁴¹¹ Wendt, I., *The tension between rules regulating the (liberal) professions and EC Competition Law* (diss. Maastricht), 2009, p. 247.

⁴¹² Zaak C-519/04 P (Meca-Medina II), r.o. 42, 45, 47.

⁴¹³ Wendt, I., *The tension between rules regulating the (liberal) professions and EC Competition Law* (diss. Maastricht), 2009, p. 441.

de afweging van Buendia Sierra omtrent mogelijke alternatieven in Raadkamer heeft plaatsgevonden. Het Hof heeft gemeend dat de NOvA tot deze redelijkerwijs noodzakelijke uitkomst kon komen, zeker als er ook nog eens rekening werd gehouden met de wijze waarop de desbetreffende professie (de advocatuur) in de betrokken lidstaat (Nederland) was georganiseerd. Van de Gronden merkt naar aanleiding van Wouters en Meca-Medina II op dat het wel duidelijk is dat bij de toepassing van de mededingingsregels goed naar de context van de te beoordelen gedragingen moet worden gekeken. Hij noemt dat treffend de contextuele benadering en constateert dat die in opkomst is.⁴¹⁴

3.11.5.5. *Ruimte voor landseigen oplossingen, geen absolute harmonisatie*

Het Hof lijkt dus rekening te willen houden met de wens van vele landen om binnen een algemene bandbreedte toch enige landseigen accenten te mogen behouden. Het Hof bevestigt met dat respect de mogelijke verschillen per lidstaat. Een bevestiging in die zin dat het in Wouters⁴¹⁵ aangeeft dat het vaste rechtspraak⁴¹⁶ is dat bij gebreke van specifieke EU-bepalingen ter zake, het elke lidstaat vrij staat om de uitoefening van het beroep van advocaat op zijn grondgebied te regelen. Het Hof onderkent daarbij dat de op dit beroep toepasselijke regels dan ook aanzienlijk kunnen verschillen per lidstaat. Zoals in het later in deze dissertatie opgenomen overzicht van de reguleringen van de Latijnse notariaten in zeventien EU-lidstaten zal blijken, zijn er binnen de bandbreedte van het Latijnse notariaat wel degelijk (vaak al meer dan tweehonderd jaar bestaande) verschillen.

Ik ben van mening dat naast alle gemelde excepties de Wouters-oplossing mogelijk *striking* is, maar dan wel in positieve zin.

Houdijk constateert dat de wettelijke bepalingen zoals artikel 101 lid 3 VWEU en artikel 106 lid 2 VWEU onvoldoende zijn toegesneden op het maken van een afweging tussen mededingings- en niet-economische belangen en dat daarom beter gekozen kan worden voor de (Europese) *rule of reason*.⁴¹⁷

Ik ga ervan uit dat ook de beide genoemde artikelen wel gebruikt kunnen worden om met name notariële regelingen te kunnen wegen, maar met Houdijk ben ik het eens dat er gerichtere methoden zijn, waarbij mijn keuze valt op de Wouters-methode.

Het Hof overweegt aanvullend nog dat het feit dat in een andere lidstaat bepalingen gelden die verschillen van die in de betrokken lidstaat, niet betekent

⁴¹⁴ Gronden, J.W. van de, *Hervormingen in een dienstbaar Europa*, uit de serie *Europa in beeld* (oratie Nijmegen), deel 4, Deventer: Kluwer 2008, p. 8.

⁴¹⁵ Zaak C-309/99 (Wouters), r.o. 99.

⁴¹⁶ Zie arresten van 12 juli 1984 (Klopp), 107/83, Jurispr. p. 2971, r.o. 17 en C-3/95 (Reisebüro Broede), Jurispr. p. I-6511, r.o. 37.

⁴¹⁷ Houdijk, WPNR nr. 6834, p. 203.

dat de in de laatstbedoelde lidstaat geldende bepalingen onevenredig zijn en derhalve onverenigbaar zijn met het EU-recht.⁴¹⁸

Wat ik juist zo apprecieer, vormt in de mening van Wendt het serieuze risico dat de *case-by-case*toepassing van de Wouters-methode tot verschillende uitkomsten kan leiden in de desbetreffende lidstaten. Het is vanwege deze voor Wendt ongewenste uitkomst, dat zij bepleit dat nationale opvattingen geen invloed mogen hebben op het objectieve verdragssysteem inzake mededinging.⁴¹⁹ Zij ziet het als een gevaar dat de Wouters-methode de maat der wegingen gaat worden om te beoordelen of een regeling al dan niet door de beugel kan. Inderdaad zal het rekening houden met het landseigene hopelijk de maat der wegingen worden en dan ook in de in het VWEU gemelde excepties als artikel 106 lid 2. Wellicht heeft het HvJ EU de tijdgeest beter aangevoeld dan bijvoorbeeld de Europese Commissie. Bovendien is de doelstelling tot bevordering van de economische welvaart door middel van stimulering van de marktwerking wel te onderscheiden van harmonisatie. De ruimte die in Wouters geschapen is voor een nationaal accent staat ook niet op zich, is niet eenmalig in de Europese jurisprudentie. Ook het Gerecht geeft in BUPA⁴²⁰ aan dat de lidstaten een ruime beoordelingsbevoegdheid hebben, in dat geval betrof dat de omschrijving van wat zij als diensten van algemeen economisch belang beschouwen.⁴²¹ Het VEU heeft in artikel 3 (voorheen artikel 2) nog steeds opgenomen de doelstelling van de Unie om de rijke verscheidenheid van cultuur en taal van de lidstaten te eerbiedigen en om toe te zien op de instandhouding en de ontwikkeling van het Europese culturele erfgoed. Marktwerking dient bevorderd te worden, maar dat hoeft niet per se op identieke wijze in elk van de lidstaten te gebeuren. Het Duitse notariaat is nog veel sterker dan in Nederland tegen de overheid aan georganiseerd. Het Duitse notariaat wil daarnaast de grootschaligheid van notariskantoren beperken, vooral om daarmee de directe betrokkenheid van de notaris bij ieder van zijn cliënten te bevorderen. Uit het oogpunt van *efficiency* en *leverage*⁴²² en dus winstmaximalisatie, is dat zeker niet de meest optimale regelgeving, maar uit het oogpunt van de met overheidsgezag belaste ambtenaar respectievelijk de directe betrokkenheid van de notaris bij ieder van zijn mandanten wel heel goed verdedigbaar. De notaris staat in Duitsland gemiddeld dichter bij al zijn mandanten dan de Nederlandse notaris. En ook dat is een te respecteren doelstelling, in dit geval van de Duitse wetgever. De Nederlandse wetgever heeft een zo groot mogelijke concurrentie heilzaam geacht voor een goed functionerend notariaat. Duitsland en andere landen hoeven dat voorbeeld niet te volgen en lijken dat ook overwegend niet van plan. VEU, HvJ EU en Gerecht

418 Zaak C-309/99 (Wouters), r.o. 108.

419 Wendt, I., *The tension between rules regulating the (liberal) professions and EC Competition Law* (diss. Maastricht), 2009, p. 248.

420 Zaak CT-289/03 (BUPA), r.o. 166.

421 Zie ook Protocol nr. 26, artikel 1.

422 Onder leverage wordt hier verstaan: het aantal juridische medewerkers per notaris.

sturen niet op absolute harmonisatie aan, maar respecteren de landseigen invulling. Ook de notariaten werken toch primair nationaal en daar waar zij met buitenlandse rechtssystemen in aanraking komen, zal dat voor Nederland met zijn open economie en als erkend transit- en holdingland, vaak andere ervaringen met zich brengen dan voor bijvoorbeeld Oostenrijk. Het Nederlandse contact met het Angelsaksische rechtssysteem is intensief en frequent. Dit kan wel degelijk tot een andere benadering van het Latijnse notariaat leiden en dat is ook merkbaar. Het veelvuldige contact met de *common law*-rechtssystemen heeft invloed in Nederland.

Wendt geeft de voorkeur aan een meer rechtlijnig systeem waarbij niet onduidelijk is tegen welke waarden of belangen de mededingingsrechtelijke bepalingen moeten worden afgewogen.⁴²³ Als het verbod van samenwerking van advocaten met accountants via artikel 101 lid 3 VWEU zou zijn beoordeeld, zou volgens Wendt deze samenwerking niet verboden kunnen worden.⁴²⁴ Het HvJ EU heeft het verbod wel toelaatbaar geacht en heeft daar zijn argumentatie voor gegeven. Iedere regeling zal op haar eigen merites beoordeeld moeten worden. Het hangt volledig af van de desbetreffende regeling, welke de reden is waarom ooit tot die regeling is gekomen en derhalve tegen welk belang er in casu moet worden gewogen. Is dat de onafhankelijkheid, de onpartijdigheid, de gewenste kwaliteit of de toegankelijkheid voor eenieder, ook voor kleine belangen.⁴²⁵

Ook met Wouters is de afweging per regulering en met de daarbij behorende argumenten wel degelijk heel goed mogelijk en zal ook het notariaat, zelfs als het niet met overheidsgezag belast zou zijn en de notaris geen overheidsprerogatieven zou uitoefenen, over de landen gevarieerd en veelkleurig mogen zijn. Niet in te zien valt welk EU-belang ermee is gediend om volstrekt eenvormige regelingen in de diverse lidstaten voor de diverse professies te hebben.

Het Verdrag voorziet naar mijn mening niet in een uniforme afweging tussen markt en overheid, maar wel in een uniform proces casu quo uniforme kaders waarbinnen deze afweging moet plaatsvinden.⁴²⁶

Ik pleit dan ook een pluriform Latijns-Europees notariaat vanuit respect voor de wijze waarop het ambt per land is georganiseerd, maar ik wil gelijktijdig ook

423 Wendt, I., *The tension between rules regulating the (liberal) professions and EC Competition Law* (diss. Maastricht), 2009, p. 247.

424 Wendt, I., *The tension between rules regulating the (liberal) professions and EC Competition Law* (diss. Maastricht), 2009, p. 402.

425 Zie ook HvJ EU 19 februari 2002, zaak C-309/99 (Wouters), r.o. 97: 'welke in casu verband houden met de noodzaak om regels vast te stellen inzake organisatie, bekwaamheid, deontologie, toezicht en aansprakelijkheid, die aan de eindgebruikers van juridische diensten de nodige garantie van integriteit en ervaring bieden'.

426 Het Verdrag kent naar mijn mening geen objectief systeem van mededinging. Het Verdrag kent alleen objectieve regels die volgens uniforme normen moeten worden uitgelegd, maar de regels blijven open geformuleerd en bieden de lidstaten – binnen de grenzen van het EU-recht – ruimte om te komen tot een eigen afweging van de marktwerking en dat andere publieke belang.

landen aansporen om over de landsgrenzen heen te kijken en waar zinvol van elkaar te leren. Alles binnen een redelijke *margin of appreciation*.⁴²⁷

3.11.5.6. Actie KNB naar aanleiding van Wouters

De KNB heeft aansluitend in de geest van Wouters het ook gewaagd zich tegen de wens van de regering te verzetten en heeft eveneens de samenwerking met accountants verboden.⁴²⁸ In de samenwerking tussen advocaten en notarissen werd vervolgens gekozen voor een alternatieve en minder vergaande regeling, te weten het verplicht stellen van “Chinese walls” tussen de beide beroepsgroepen, door middel van onafhankelijkheid en geheimhouding bevorderende regels van de interdisciplinaire samenwerkingsverordening.⁴²⁹ Deze IDS-verordening heeft de goedkeuring van het ministerie van Justitie gekregen.

3.11.5.7. Aanmoediging Europese Commissie tot deregulering van de vrije beroepen

In Brussel op 13 december 2006, tijdens een door de Europese Commissie georganiseerd congres ‘The economic case for professional services reform’, geeft de hoogst aanwezige ambtenaar van de Europese Commissie⁴³⁰ aan dat de Commissie de lidstaten zal aanmoedigen om tot deregulering van de vrije beroepen te komen, maar dat de Commissie niet rechtstreeks zal ingrijpen. Ook in eerdere congressen⁴³¹ voor afgevaardigden van de regeringen van de lidstaten en van mededingingsautoriteiten, alsmede voor afgevaardigden van diverse vrije beroepsorganisaties uit die landen, werden alle betrokkenen opgeroepen om tot nadere deregulering van de vrije beroepen te komen. Het Nederlandse gedereguleerde notariaat werd daar stevast als goed voorbeeld genoemd.

3.11.5.8. Redelijkerwijs noodzakelijk, in relatie tot de organisatie van de professie in de desbetreffende lidstaat

‘Redelijkerwijs noodzakelijk’ wordt prominent genoemd en daarmee is enige proportionaliteit ook in Wouters als toetssteen opgevoerd. De NOvA mocht zich redelijkerwijs op het standpunt stellen dat het noodzakelijk was. De weging door de beroepsgroep is heel serieus genomen. De redelijkheid speelt een rol. Dat opent perspectieven voor ook de notariële en andere beroepsorganisaties in de verschillende landen. Daarbij zal ook rekening worden gehouden met het landseigene,

427 De doctrine van de *margin of appreciation* vindt zijn historische wortels in de rechtspraak van de Franse *Conseil d'Etat*. In het internationaal recht is de doctrine als eerste gebruikt en verder ontwikkeld door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Ontleend aan: Lanotte, J. Vande en Haec, Y., Handboek EVRM Deel 1 Algemene Beginselen, Intersentia 2005, p. 205.

428 Aangekondigd door de voorzitter van de KNB in de jaarrede uitgesproken in de openbare jaarvergadering in september 2002.

429 Verordening interdisciplinaire samenwerking 2003.

430 Directeur-generaal van het D-G Mededinging van de Europese Commissie.

431 Onder meer 3 mei 2005 te Luxemburg en 21 november 2005 in Brussel.

zoals dat ook in Wouters is gebeurd. Eenheid waar nodig en verscheidenheid waar mogelijk en gewenst.

‘Noodzakelijkheid in redelijkheid’ is het belangrijkste criterium in Wouters. Bij het verbod van samenwerking van advocaten en accountants was gekozen voor een absoluut verbod. De vraag kan gesteld worden of dit echt wel zo noodzakelijk was en of er niet een alternatief was, bijvoorbeeld in de vorm van het ook daar oprichten van “Chinese walls”. Het absolute verbod zal stellig beter de onafhankelijkheid ten opzichte van de accountants regelen dan welke andere beperkte maatregel ook. Samenwerking met een (veel grotere) andere beroepsgroep kan de onafhankelijkheid en daarmee (ook voor notarissen) de onpartijdigheid onder druk zetten. De in het arrest terloops aangeduide redelijkheid zal hier wellicht voor enige relativering van de noodzakelijkheid hebben geleid. En dan lijkt het toch een in redelijkheid noodzakelijke en aanvaardbare uitkomst.

3.11.5.9. *Wouters in het vervolg met strikter onderzoek en navenante beoordeling*

Zoals hiervoor al is opgemerkt, is de in redelijkheid beoordeelde noodzakelijkheid die in Wouters gehanteerd wordt een betrekkelijk gegeven. Er zouden ook minder verstrekende maatregelen kunnen zijn genomen dan een absoluut verbod, zoals de hiervoor gemelde “Chinese walls”, die gehanteerd worden in de samenwerking tussen advocaten, notarissen en belastingadviseurs. Wellicht had het Hof in Wouters aldus toch nog wat strikter kunnen oordelen. Vergelijk in dat verband de leer die het HvJ EU in hoger beroep formuleert in *British Aggregates Association II* (BAA),⁴³² inhoudende:

- dat het Gerecht wel verder had moeten gaan dan alleen maar een marginale toetsing of de desbetreffende staatssteun al dan niet binnen het toepassingsgebied van artikel 107 lid 1 VWEU valt en aldus strikter had moeten onderzoeken en oordelen;⁴³³
- dat die leer evenzeer als op artikel 107 lid 1 VWEU ook op artikel 101 lid 1 VWEU kan worden toegepast, beide eerste leden van die artikelen moeten volledig en strikt gehandhaafd worden;
- dat het daarmee in de rede ligt ervan uit te gaan dat waar het Hof in BAA een stap verder is gegaan dan in Wouters, ook in artikel 101 lid 1 VWEU-kwesties in het vervolg strikter zal worden onderzocht en beoordeeld.⁴³⁴

Dat neemt niet weg dat nog steeds de criteria ‘redelijkerwijs noodzakelijk’ en ‘rekening houdende met de specifieke wijze waarop een en ander in de betrokken lidstaat is georganiseerd’ het uitgangspunt zullen vormen, wellicht wel met

⁴³² Zaak C-487/06 (*British Aggregates Association II* (BAA)).

⁴³³ Zaak C-487/06 (BAA), r.o. 111.

⁴³⁴ Zie daaromtrent Vedder: *Of jurisdiction and justification. Why competition is good for non-economic goals, but may need to be restricted*; *The competition law review*, 2009, volume 6, issue 1, § 2.2.

een enigermate striktere beoordeling. Mocht in de kwestie Wouters het totale verbod van samenwerking met accountants inderdaad 'redelijkerwijs noodzakelijk' worden geoordeeld? Ook al werd rekening gehouden met de wijze waarop de advocatuur in Nederland was georganiseerd? Of moest er ook beoordeeld worden of ook andere minder vergaande alternatieven mogelijk waren? Mogelijk zou bij een striktere beoordeling de uitspraak hetzelfde zijn geweest, zeker als rekening wordt gehouden met de wijze waarop de beide disciplines in de betrokken lidstaat zijn georganiseerd. Een verbod van samenwerking met in casu de (zeer grote en sterke) accountskantoren, is toch de beste bescherming van de gewenste onafhankelijkheid van de advocaat.⁴³⁵

3.11.5.10. *De rule of reason en Wouters vergeleken*

De *rule of reason* zoals die geformuleerd is door Houdijk wordt, zoals we zagen, niet door de Europese rechters erkend. Waarin vertonen beide excepties nu overeenkomsten in de voorwaarden en waar zitten de verschillen?

Overeenkomsten:

1. de nationale regel wordt niet om puur economische redenen toegepast;
2. het belang dat de nationale regel beoogt te beschermen is van voldoende gewicht;
3. de nationale maatregel dient proportioneel te zijn;
4. in beide excepties is ook de proportionaliteit in de kern terug te brengen naar het zoeken naar het bestaan van alternatieven;
5. de proportionaliteit in beide is bedoeld als *sensu lato*, in brede zin. Ofwel geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid (dat is proportionaliteit in enge zin, *stricto sensu*).

Met name bij de toets of er alternatieven zijn, kunnen zich veel problemen voordoen. Daarom ook verdient het aanbeveling de Wouters-toets in de toekomst van een striktere beoordeling te voorzien.

Verschillen:

1. rekening houden met de wijze waarop de desbetreffende professie in de betrokken lidstaat is georganiseerd. Dit wordt wel bij Wouters, maar niet door Houdijk in het rijtje condities gemeld;
2. over de *rule of reason*-voorwaarde dat een EU-regeling ter zake ontbreekt, wordt bij Wouters niet gerept;
3. de nationale maatregel mag niet discrimineren. Die voorwaarde is wel vermeld bij de *rule of reason* en niet bij Wouters. Dat neemt niet weg dat ook daar

435 Terzijde dan toch de vraag: hebben notarissen niet een even grote behoefte aan onafhankelijkheid ten opzichte van de vaak ook veel grotere advocatenkantoren?

artikel 18 VWEU zal gelden, dus verbod van discriminatie op grond van nationaliteit. Dus wellicht toch meer overeenkomst dan verschil.

Ik heb hier bepleit dat als het HvJ EU er in Wouters van uitgaat dat er rekening mag worden gehouden met de wijze waarop de professie in een land is geregeld, dit ook toepasbaar is bij de andere excepties. Dat laatste verschil met de *rule of reason* zou daarmee geneutraliseerd zijn.

Het HvJ EU heeft zich er niet zo om bekommerd of er geen andere bruikbare Verdragsexceptie is. Het heeft een eigen nieuwe weg gevolgd en later bevestigd.⁴³⁶

Resumerend kan gezegd worden dat de beide excepties veel overeenkomsten vertonen en dat het verschil beperkt is.

3.11.6. De exceptie in de leer van de inherente beperkingen

Naast de genoemde excepties komt ook nog het leerstuk van de inherente of noodzakelijke beperkingen voor, ook wel de nevenrestricties⁴³⁷ genoemd, die anders dan de *rule of reason* als zodanig wel in de rechtspraak van het HvJ EU zijn te vinden. Nevenrestricties moeten noodzakelijk zijn voor de hoofdtransactie.⁴³⁸

Houdijk⁴³⁹ signaleert deze rechtsfiguur ook in de jurisprudentie, maar blijft de voorkeur geven aan de toepassing van de *rule of reason*, omdat volgens hem dat concept een iets bredere werking lijkt te hebben dan de leer van de inherente beperkingen.

Zoals gezegd, erkennen zowel het HvJ EU als het Gerecht tot dusverre de *rule of reason* niet. De noodzakelijkheid is, evenals bij Wouters, kern bij de leer van de inherente beperkingen, de proportionaliteit komt ook hier terloops aan bod. Het ligt allemaal dicht bij elkaar, *rule of reason*, Wouters, deze laatste leer van de inherente beperkingen, maar ook de in het VWEU genoemde excepties.⁴⁴⁰ Met een noodzakelijke, geschikte en proportionele argumentatie zullen op enige manier een aantal deontologische regels ontzien kunnen worden en genade kunnen vinden, zeker als dan in aanmerking wordt genomen wat Buendia Sierra daarover heeft opgemerkt in 1999 (dus vóór Wouters): dat de proportionaliteit in de kern is terug te brengen tot een toets naar het bestaan van alternatieven.

De meest veilige, door het HvJ EU gehanteerde en duidelijke weg blijft ook in relatie tot de leer van de inherente beperkingen vooralsnog Wouters, als gezegd

436 Alle in deze paragraaf vermelde feiten zijn eerder van noten voorzien onder Wouters respectievelijk de *rule of reason*, vandaar dat zij hier in de vergelijking niet weer zijn vermeld.

437 Zaak T-112/99 (Métropole, M6/TV1), r.o. 81 e.v.

438 Zie hierover ook Verloren van Thémaat, I.W., Cremers Mededingingsrecht, Deventer: Kluwer 2004, p. 589.

439 Houdijk, J.C.A., Advocatuur en notariaat: tussen profijt en professie, 3 juli 2006, verslag en uitkomsten van het congres over de vrije beroepen in de paleiskerk te Den Haag, p. 62.

440 Artikelen 101 lid 3 en 106 lid 2 VWEU.

mogelijk in de lijn van BAA in de toekomst met een enigermate strikter onderzoek en beoordeling.

3.11.7. *Conclusie met betrekking tot en keuze voor Wouters*

De Wouters-provisio blijft daarmee een methode die heel goed bruikbaar is en voor het notariaat het aangewezen en erkende wegingsmechanisme vormt, met de drie criteria die overeind blijven, maar waarbij ook in zaken rond artikel 101 VWEU strikter zou kunnen worden onderzocht en geoordeeld in de vergelijking met mogelijke alternatieven. Voor het geval van de Verdragsexcepties gebruik wordt gemaakt, met inachtneming van de door het HvJ EU geopende mogelijkheid van een nationale inkleuring. Hetzelfde geldt voor de niet erkende, maar evenwichtige *rule of reason*, zoals door Houdijk geformuleerd.

3.11.8. *Marktwerking voor de notaris buiten VWEU en Mw om en de rol van de overheid en de KNB*

Voor het Nederlandse notariaat zijn de primaire regelgevers de wetgever en de KNB. De KNB kan bij verordening regels stellen betreffende de bevordering van de vakbekwaamheid van haar leden en de kwaliteit van de beroepsuitoefening.⁴⁴¹ Een verordening behoeft de goedkeuring van de minister van Justitie. Zoals eerder aangegeven, moet de minister van Justitie bij de beoordeling of hij de door de KNB voorgestelde verordeningen zal goedkeuren ook beoordelen of de marktwerking niet onnodig wordt beperkt. Dat ligt dan in lijn met het slot van artikel 106 lid 2 VWEU. In dat artikel staat dat de ontwikkeling van het handelsverkeer niet mag worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie en met de redelijkerwijze noodzakelijkheid uit Wouters. Het is daarmee voor Nederland mede (vooral) aan de regering en volksvertegenwoordiging om uit te maken hoe de notariële regelgeving moet luiden.⁴⁴²

- a. door haar eigen wetgeving;
- b. via de minister van Justitie, door al dan niet de goedkeuring te verlenen aan de verordeningen van de KNB.

De KNB neemt de initiatieven voor de totstandkoming van de verordeningen. De goedkeuring kan door de minister van Justitie worden onthouden wegens strijd

⁴⁴¹ Artikel 61 Wna.

⁴⁴² Zaak C-309/99 (Wouters), r.o. 68: Een lidstaat kan, wanneer hij regelgevende bevoegdheden aan een beroepsorganisatie verleent, zelf de criteria van algemeen belang vastleggen en de essentiële beginselen waaraan de uit te vaardigen regelgeving moet voldoen, alsook de bevoegdheid aan zich houden om zelf in laatste instantie te beslissen. In dat geval behouden de door de beroepsorganisatie uitgevaardigde regels een overheidskarakter en ontsnappen zij aan de voor ondernemingen geldende Verdragsregels.

met het recht of het algemeen belang,⁴⁴³ of als de marktwerking onnodig wordt belemmerd.⁴⁴⁴ De regelgeving voor het notariaat in Nederland is daarmee voor een wezenlijk deel overgelaten aan de beroepsgroep, maar de overheid heeft door middel van al dan niet goedkeuring in belangrijke mate toch het laatste woord. Daarmee behouden de door de KNB uitgevaardigde regels een overheidskarakter en ontsnappen zij aan de voor de ondernemingen⁴⁴⁵ geldende Verdragsregels.

De actie van de NMa om de verordeningen van de KNB op hun noodzaak/proportionaliteit te toetsen, zijn niet rechtmatig voor zover de uitkomst een bindend karakter zou moeten hebben. Immers, de verordeningen hebben een overheidskarakter en onttrekken zich daarmee aan een beoordeling door de NMa.

De commissie-Hammerstein⁴⁴⁶ beveelt aan dat de NMa om advies gevraagd wordt, om onnodige fricties te vermijden.

3.12. Samenvatting van de in dit hoofdstuk 3 behandelde onderwerpen

3.12.1. *De notaris kan geacht worden deel te nemen aan het overheidsgezag, dat betekent ten aanzien van de vrijverkeersregelingen*

a. Nationaliteitseis

De exceptie van artikel 51 VWEU (inhoudende de bepaling dat de artikelen 49 e.v. VWEU niet van toepassing zijn) zou op de notaris van toepassing kunnen zijn. Het HvJ EU zal naar verwachting in 2011 uitmaken of de notaris al dan niet met overheidsgezag is belast. In deze dissertatie wordt verdedigd dat de notaris wél met overheidsgezag is belast.

Is de notaris inderdaad met overheidsgezag belast, dan zou dat in de in deze dissertatie verdedigde visie moeten betekenen, dat de verbodsbepaling van artikel 49 VWEU ten aanzien van de beperking van de vrijheid van vestiging van onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat niet geldt voor de notaris.⁴⁴⁷ De specifieke bepaling van artikel 51 VWEU zou daarbij voorrang moeten hebben op het algemene discriminatieverbod van artikel 18 VWEU. Daarnaast is naar mijn mening, bij een zo duidelijk en specifiek geformuleerde vrijstelling als opgenomen in artikel 51 VWEU, geen plaats voor een

443 Artikel 91 Wna.

444 Artikel 89 lid 2 Wna.

445 Voor zover de notaris als een onderneming zou moeten worden aangemerkt. Dat zou ook wel niet het geval kunnen zijn, zoals hiervoor is aangegeven.

446 Aanbeveling 4.1, p. 35 van het rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het Notarisambt, het beste van twee werelden, ook genoemd naar haar voorzitter mr. A. Hammerstein: 'rapport-Hammerstein', van september 2005.

447 Tenzij het HvJ EU onverhoopt de visie van de A-G van september 2010 zou volgen (zie hiervoor) dat het algemene discriminatieverbod op grond van nationaliteit (artikel 18 VWEU) zou laten prevaleren boven de specifieke uitzondering van artikel 51 VWEU.

evenredigheidstoetsing. De lidstaten mogen alsdan in hun wetgeving een bepaling handhaven dat het notariaat in hun land uitsluitend mag worden uitgeoefend door personen met de nationaliteit van dat land.

De meeste EU-lidstaten willen dat inderdaad in hun wetgeving opgenomen houden. Ook Nederland zou een zodanige bepaling in artikel 6 lid 1 Wna dus mogen handhaven en niet hoeven toe te geven aan de wens van de Europese Commissie tot opheffing daarvan, ongeacht of dat wenselijk is of niet.⁴⁴⁸

b. Vrij verkeer van diensten

Dat de notaris deelneemt in het overheidsgezag, betekent ook dat via artikel 62 VWEU de exceptie van artikel 51 VWEU van toepassing is op artikel 56 VWEU. Volgens dat laatste artikel zijn verboden: beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de EU ten aanzien van de onderdanen van lidstaten die in een ander land van de EU zijn gevestigd dan dat waarin degene is gevestigd te wiens behoeve de dienst wordt verricht. Volgens artikel 51 jo. 62 VWEU geldt dit verbod niet voor werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag in die lidstaat en daarmee conform de in dit boek verdedigde lijn ook niet voor de werkzaamheden die de notaris uitoefent.

De eerder genoemde Dienstenrichtlijn (de Bolkestein-richtlijn) werkt artikel 56 VWEU nader uit. De notaris zou via zijn deelname aan het overheidsgezag al uitgezonderd moeten zijn. Er is echter voor de notaris een specifieke uitzondering opgenomen in artikel 2 lid 1 van deze richtlijn.⁴⁴⁹ De Commissie heeft hiermee toegegeven aan de wens van het Europees Parlement om de notaris van deze Dienstenrichtlijn uit te zonderen. Maar de Commissie heeft door dat via een specifieke voor de notaris met zoveel woorden geschreven uitzondering te doen, haar vaste standpunt dat de notaris juist niet met overheidsgezag belast is, niet prijsgegeven. Ongeacht de uitkomst van de aan het HvJ EU voorgelegde rechtsvraag of de notaris met overheidsgezag is belast, is de notaris in ieder geval wel specifiek vrijgesteld van de Dienstenrichtlijn.

3.12.2. Voor het geval het Europese Hof van Justitie zou uitmaken dat de notaris toch geen overheidsgezag uitoefent

Indien de notaris niet is belast met overheidsgezag, dan:

- a. betekent dat, dat de exceptie van artikel 51 VWEU in ieder geval op de notaris niet van toepassing zou zijn en de lidstaten zich aan artikel 49 VWEU moeten houden en het notariaat in hun land moeten openstellen voor onderdanen van

⁴⁴⁸ Hoewel in Nederland zowel het kabinet als de Tweede Kamer als de KNB geen behoefte had aan de handhaving van een dergelijke nationaliteitseis. De Eerste Kamer denkt daar anders over.

⁴⁴⁹ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006, betreffende diensten op de interne markt.

andere lidstaten en derhalve de nationaliteitseis uit hun wetgeving moeten schrappen;

- b. heeft dat verder geen consequenties voor de verbodsbepaling van artikel 56 VWEU en daarmee voor de toepasselijkheid van de genoemde Dienstenrichtlijn op de notaris. De notaris is immers bij specifieke bepaling van die richtlijn vrijgesteld in artikel 2 lid 1 van de richtlijn.

Diensten (andere dan advisering) van een notaris uit de ene lidstaat mogen ook in deze situatie in een andere lidstaat wel worden verboden.

3.12.3. De notaris oefent overheidsprerogatieven uit

Is er sprake van de uitoefening van overheidsprerogatieven door de notaris, dan zou dat in principe in combinatie met overheidsgezag, het begrip onderneming voor een notaris kunnen uitsluiten, ook al oefent de notaris overal in Europa zijn praktijk voor eigen rekening en risico uit. Medisch specialisten oefenen volgens het HvJ EU een onderneming uit.⁴⁵⁰ De argumentatie in de desbetreffende arresten geeft aanleiding tot discussie en mogelijk tot een andere interpretatie. Voert een notaris geen onderneming in de zin van het VWEU en de Mededingingswet, dan valt hij daardoor ook niet onder de antitrustbepalingen die de onderneming betreffen. Dat zijn het kartelverbod en het verbod van misbruik van machtsposities als gemeld in de artikelen 101 en 102 VWEU en de artikelen 6 en 24 Mw. Wél maakt de door A-G Cruz Villalón geïntroduceerde evenredigheidstoetsing, door het ontbreken van een zo specifieke vrijstelling als aangegeven in artikel 451 VWEU, hier meer kans. De mate van concurrentie in het notariaat in een lidstaat zal daarbij in aanmerking kunnen worden genomen.

3.12.4. Excepties die alleen dan relevant zijn als de notaris toch een onderneming zou blijken uit te oefenen

3.12.4.1. Algemeen

Als de notaris toch niet geacht wordt overheidsprerogatieven uit te oefenen en diens gevolg of anderszins wel als onderneming in de zin van het VWEU en de Mededingingswet wordt aangemerkt, dan zijn de antitrustbepalingen (kartelverbod en verbod van misbruik van machtsposities) uit de artikelen 101 en 102 VWEU en 6 en 24 Mw op de notaris evenzeer van toepassing als op andere ondernemingen. De mededingingsrechtelijke vrije ruimte voor het notariaat bestaat dan niet, met dien verstande dat de Europese Commissie de controle op de naleving vanwege het overwegend nationale belang zal overlaten aan de nationale mededingingsautoriteiten (voor Nederland de NMa op basis van de Mw).

⁴⁵⁰ Pavlov en gevoegde zaken, r.o. 89.

Dan zouden ook de andere excepties van het VWEU en de Mededingingswet op de notaris van toepassing kunnen zijn. Daartoe zijn de voor de notaris mogelijk relevante specifieke excepties hiervoor ook besproken, waarbij dezerzijds gekozen wordt voor de aangescherpte Wouters-methode en daarom nogmaals Wouters, nu in samenvatting.

3.12.4.2. *De Wouters-exceptie, de afweging met niet-economische factoren*

In het arrest Wouters⁴⁵¹ heeft het HvJ EU de belangen van een beroepsregeling van de beroepsorganisatie van advocaten afgewogen tegen het belang van de mededinging en geconcludeerd dat de regeling de inbreuk op de mededinging rechtvaardigde. 'Redelijkerwijs noodzakelijk' is daarbij het belangrijkste criterium. In Wouters wordt de proportionaliteit slechts terloops opgevoerd en wel in de zinsnede: (...) waar de NOvA zich redelijkerwijs op het standpunt mocht stellen (...).⁴⁵²

Wendt constateert terecht dat het Hof in zijn jurisprudentie een terughoudendheid naar buiten brengt inzake de beroepsreguleringen,⁴⁵³ maar dat lijkt mij passend. De inbreng van de beroepsgroepen is vaak de meest ter zake kundige, hoezeer zij ook gelijktijdig belanghebbende zijn. In Wouters is dat het geval ten aanzien van de advocatuur. In vrijwel alle onderzochte lidstaten heeft de overheid in de echt relevante regelgeving ter zake van het notariaat een beslissende stem. Deskundigheid van de beroepsgroep in combinatie met een eindtoets van de overheid is dan de nationale procedure en daar past een terughoudende beoordeling door het HvJ EU bij.

Voor de deontologische regelgeving vormt Wouters een goed bruikbaar en door het HvJ EU zelf vrij recent gebruikt en in Meca-Medina II⁴⁵⁴ bevestigd en daarmee erkend wegingsinstrument.

3.12.5. *Specifiek voor Nederland: de regelgeving door de KNB met de goedkeuring van de minister van Justitie*

De regelgeving voor het notariaat in Nederland is voor een belangrijk deel overgelaten aan de beroepsgroep. Maar de overheid heeft door middel van al dan niet goedkeuring door de minister van Justitie in belangrijke mate toch het laatste woord. Daarmee behouden de door de KNB uitgevaardigde regels een overheids-

451 Zaak C-309/99 (Wouters).

452 Zaak C-309/99 (Wouters), r.o. 110: zich redelijkerwijs op het standpunt mocht stellen dat voornoemde regeling, niettegenstaande de daaruit voortvloeiende mededingingsbeperkende gevolgen, noodzakelijk is voor de goede uitoefening van het beroep van advocaat, zoals dit in de betrokken lidstaat is georganiseerd.

453 Wendt, I., *The tension between rules regulating the (liberal) professions and EC Competition Law* (diss. Maastricht), 2009, p. 462.

454 Zaak C-519/04 9 (Meca Medina II), r.o. 42, 45 en 47 (dopingcontrole in de sportwereld).

karakter en ontsnappen zij in ieder geval aan de voor de ondernemingen geldende Verdragsregels.

De actie van de NMa om de verordeningen van de KNB op hun noodzaak/proportionaliteit te toetsen, zijn niet rechtmatig. De NMa mag wel adviseren, om onnodige fricties te vermijden zoals de commissie-Hammerstein aangeeft, en dat kan door haar mededingingsexpertise ook gewenst zijn, maar verder dan een adviesfunctie⁴⁵⁵ gaat haar bevoegdheid niet.

⁴⁵⁵ Zie ook artikel 5c Mw.

4. De positie van de notariële beroepsorganisaties in het mededingingsrecht

4.1. Inleiding

In dit hoofdstuk zal de vraag behandeld worden of en in hoeverre de mededingingsregels voor de notariële beroepsorganisaties en in het bijzonder de Nederlandse KNB een rol spelen. Het zijn weer het VWEU, de Mw en de Wna die het speelveld vormen en bepalen, ook wat betreft de positie van de KNB. De standpuntbepaling ten aanzien van de notaris in relatie tot de mededingingsbepalingen is ook van belang voor de positie van de KNB (en notariële organisaties in andere landen) ten aanzien van dit onderwerp.

VWEU en Mededingingswet spreken van ondernemingen, maar ook van ondernemersverenigingen. We zagen dat uit de jurisprudentie, met name van het HvJ EU, een omschrijving van het begrip onderneming in de zin van de mededingingsbepalingen valt te destilleren.

Ook over het begrip ondernemersvereniging bestaan ruimschoots rechterlijke uitspraken. De conclusies omtrent de positie van de Nederlandse notaris in het mededingingsrecht zullen, omdat de notariaten in de diverse EU-landen met een Latijns notariaat qua regelingen op hoofdlijnen veel overeenkomst vertonen, veelal ook in die andere landen relevant zijn. Ten aanzien van de beroepsorganisaties in de diverse EU-landen met een Latijns notariaat zal er mogelijk eerder enig verschil in karakterisering bestaan, dan dat bij de notarissen in de verschillende landen het geval is.

De uitkomsten kunnen per land verschillen, maar de overwegingen zullen veelal, voor zover gebaseerd op het VWEU, ook in die andere landen bruikbaar zijn. Valt de KNB wel of niet onder het begrip ondernemersvereniging en zijn daarmee de kartelbepalingen van artikel 101 VWEU respectievelijk artikel 6 Mw op de besluiten van de KNB van toepassing? Wat houdt die term ‘besluit’ in? Zijn de verordeningen van de KNB al dan niet onderhevig aan toetsing door de NMa?

Dat en meer zijn de vragen en onderwerpen die in dit laatste hoofdstuk van het Eerste Luik aan de orde zijn.

4.2. Het VWEU en het begrip ondernemersvereniging

Het zijn niet uitsluitend de ondernemingen die een rol spelen in het Europese kartelrecht. Verboden zijn niet alleen alle overeenkomsten tussen ondernemingen, maar ook alle besluiten van ondernemersverenigingen die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en waardoor de mededinging binnen de EU wordt verhinderd, beperkt of vervalst.⁴⁵⁶ Immers, een ondernemersvereniging zou simpel de afspraken van ondernemers kunnen overnemen en met instemming (van de meerderheid) van haar leden tot regels verklaren, waar alle leden dan vervolgens aan gebonden zijn. De ondernemersvereniging heeft aldus de wens van haar leden om bepaalde afspraken te maken maar die dat niet mogen ingevolge de antitrustbepalingen, tot haar domein gemaakt door middel van regelgeving. Die regelgeving zou dan per saldo voor een groot deel hetzelfde effect kunnen hebben, als wanneer de leden hun (mededingingsbeperkende) afspraken rechtstreeks zelf gemaakt zouden hebben. Op die manier zouden de antitrustbepalingen die voor de ondernemers gelden, via de band van de ondernemersvereniging eenvoudig ontdoken kunnen worden.

Zodoende kan ook de ondernemersvereniging aansprakelijk gesteld en vervolgd worden in geval van overtreding van de antitrustbepalingen. Dat de ondernemersvereniging zelf een onderneming vormt, is niet noodzakelijk, zo bepaalde het Gerecht, omdat immers het VWEU van toepassing is op verenigingen, voor zover hun activiteiten of die van de aangesloten ondernemingen ertoe strekken de gevolgen teweeg te brengen die de kartelbepalingen juist proberen tegen te gaan.⁴⁵⁷

Het begrip ondernemersvereniging wordt ruim opgevat: niet van belang is of de vereniging een echte vereniging is, of zij al dan niet rechtspersoonlijkheid heeft. Zelfs een stichting kan een ondernemersvereniging zijn, evenals bijvoorbeeld een landbouwcoöperatie, maar ook de door de overheid ingestelde entiteiten, zoals bij Wouters is uitgemaakt ten aanzien van de NOvA.⁴⁵⁸ Dat past ook bij de verder in artikel 101 lid 1 VWEU gebruikte ruime formulering: en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

Het juridisch kader waarin besluiten van ondernemersverenigingen worden vastgesteld, alsmede de juridische kwalificatie die in de verschillende nationale rechtsorden aan dit kader wordt gegeven, is dus niet van invloed op de kartelverboden van artikel 101 lid 1 VWEU, ook al is er sprake van een lichaam dat volgens de nationale rechtspraak van publiekrechtelijke aard is.⁴⁵⁹

456 Artikel 101 lid 1 VWEU.

457 Zaak T-25/95 (Cimenteries CBR e.a. tegen de EC en vele gevoegde zaken).

458 HvJ EU 19 februari 2002, zaak C-309/99 (Wouters), r.o. 56.

459 Zaak 123/83 (Guy Clair), prejudiciële beslissing en HvJ EU 19 februari 2002, zaak C-309/99 (Wouters), r.o. 65.

De beroepsverenigingen van vrije beroepsbeoefenaren zijn in verscheidene zaken door het HvJ EU aangemerkt als ondernemersverenigingen. Dat was bijvoorbeeld het geval in de zaken Pavlov,⁴⁶⁰ Arduino⁴⁶¹ en Wouters, zodat dan ook als hoofdregel de mededingingsregels op die beroepsorganisaties van toepassing zijn. Er kunnen echter omstandigheden zijn waarbij het kartelverbod toch niet aan de orde komt:

- a. Als de overheid de regeling oplegt of goedkeurt, waardoor de regeling het karakter van een overheidsregeling verkrijgt.
Dat was bijvoorbeeld het geval in het genoemde Arduino-arrest, waarbij de beroepsvereniging (CNF) weliswaar verantwoordelijk was voor het opstellen van een ontwerptarief, maar dat ontwerptarief was als zodanig niet afdwingbaar zonder de goedkeuring van de minister. Zonder zijn toestemming bleef het oude tarief van kracht. De minister had de macht om het ontwerptarief, dat door de beroepsvereniging was opgesteld, te amenderen.
- b. Ook de omstandigheid dat de bestuursorganen van de ondernemersvereniging alleen zijn samengesteld uit leden van de desbetreffende beroepsgroep speelt een rol, waardoor in dat geval eerder het predikaat ondernemersvereniging in de zin van het VWEU van toepassing is.

Heel duidelijk is dat beslist in Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali (CNSD) tegen de Europese Commissie.⁴⁶² De CNSD werd beschouwd als een beroepsorganisatie waarin de vertegenwoordigers van het beroep zijn verenigd (douane-expediteurs). Aangezien naar nationaal recht de leden van een dergelijke organisatie niet als onafhankelijke deskundigen kunnen worden aangemerkt en zij niet verplicht zijn om bij de vaststelling van de tarieven behalve met de belangen van de ondernemingen of de ondernemersverenigingen die hen hebben benoemd, ook met het algemeen belang of met de belangen van ondernemingen van andere sectoren of van de gebruikers van de betrokken diensten rekening te houden, kunnen die besluiten gezien worden als een verlengstuk van het particulier belang in plaats van de behartiging van het algemeen belang. Bovendien kunnen de besluiten waarbij die organisatie de tarieven voor beroepsverplichtingen vaststelt niet worden beschouwd als overheidsbesluiten waarmee die organisatie overheidsfuncties vervult, maar als besluiten van een ondernemersvereniging die onder de werkingssfeer van artikel 101 lid 1 VWEU kunnen vallen.

Onder besluiten worden volgens vaste jurisprudentie van het HvJ EU op zijn minst alle juridisch bindende beslissingen begrepen, maar ook bijvoorbeeld aanbevelingen, als duidelijk is dat die zullen worden opgevolgd.

⁴⁶⁰ Zaak C-180-184/98 (Pavlov en gevoegde zaken).

⁴⁶¹ Zaak C-35/99 (Arduino).

⁴⁶² Zaak T-513/93 (CNSD tegen de EC).

4.3. De Mw en het begrip ondernemersvereniging

Het uitgangspunt van de Mededingingswet is een mededingingsregime dat zo veel mogelijk aansluit bij de regels van het VWEU. De memorie van toelichting⁴⁶³ stelt dat de bepalingen van de Mededingingswet zijn georiënteerd op (na vernummering) de artikelen 101, 102 en 106 e.a. VWEU. Ook volgens de Mededingingswet zijn besluiten van ondernemingen verboden als zij ertoe strekken of het gevolg hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Een verwijzing naar de mededinging binnen de EU-markt ontbreekt hier. Dat behoort tot de competentie van de Europese Commissie. Eveneens ontbreekt een lijst van verboden besluiten zoals die (overigens niet limitatief) wel is opgenomen in artikel 101 lid 1 VWEU. Evenals in het VWEU zijn ook hier zodanige besluiten van rechtswege nietig. Het begrip ondernemersvereniging in de Mededingingswet is gelijk aan hetzelfde begrip in de zin van artikel 101 lid 1 VWEU.⁴⁶⁴

Het begrip ondernemersvereniging uit het Europese recht is in de voorgaande paragraaf besproken. Ook de NMa heeft verklaard het begrip onderneming ruim te interpreteren.⁴⁶⁵ In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp Mw is opgenomen dat een ondernemersvereniging in de zin van artikel 101 VWEU een organisatie is die een aantal ondernemingen verenigt. De organisatie hoeft niet de juridische vorm van een onderneming te hebben. Zelfs is denkbaar dat een dergelijke organisatie in het geheel geen rechtspersoonlijkheid bezit.⁴⁶⁶ Volgens de Rechtbank Rotterdam was ook de KNVB (de voetbalbond) aan te merken als een ondernemersvereniging.⁴⁶⁷ In Pavlov werd uitgemaakt dat de medisch specialisten ondernemers zijn en dat hun beroepsorganisatie als een ondernemersvereniging⁴⁶⁸ is aan te merken. Vermeldenswaard is ook de beslissing van de NMa dat het niet noodzakelijk is dat alle leden van een ondernemersvereniging ondernemer zijn.⁴⁶⁹

Onder besluiten worden evenals in het Europese recht alle bindende besluiten begrepen. Volgens de NMa zijn besluiten in de zin van artikel 6 lid 1 Mw, alle besluiten genomen door een maatschappelijk orgaan van een ondernemersvereniging die voor de leden een bindend karakter hebben.⁴⁷⁰

Ten slotte verdient vermelding de bagatelregeling van artikel 7 Mw, die van zodanig lage bedragen uitgaat dat die door de gezamenlijke leden van de KNB

463 Kamerstukken II 1995/96, 24 707, p. 7-8.

464 Artikel 1 lid g Mw.

465 Jaarverslag NMa 1998, p. 20, par. 3.5.5.

466 Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 58 (MvT).

467 Rb. Rotterdam 9 september 1999 (KNVB/Feyenoord).

468 Zaak C-180/98 t/m 180/98 (Pavlov en gevoegde zaken), r.o. 89.

469 NMa 21 februari 2002, zaaknr. 560/87 (Engelgeer/NOvA).

470 NMa 19 januari 2001, zaaknr. 381 (schildersbedrijven).

verre wordt overstegen en derhalve ten aanzien van de regelgeving door de KNB geen rol speelt en in dit boek verder onbesproken blijft.

4.4. Karakterisering van de Nederlandse KNB

De Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie is een openbaar lichaam in de zin van artikel 134 van de Grondwet. De KNB is als zodanig in het leven geroepen bij de Wna die in werking is getreden op 1 oktober 1999. Tot die datum was de KNB als een vereniging georganiseerd, waarvan vrijwel alle notarissen, kandidaat-notarissen en oud-notarissen lid waren.

De inrichting van de KNB-nieuwe stijl (de orde na 1 oktober 1999) heeft zo veel mogelijk plaatsgevonden naar de wijze waarop de Broederschap was georganiseerd.⁴⁷¹ Van de nieuwe KNB is iedere notaris en kandidaat-notaris *qualitate qua* lid.⁴⁷²

Oud-notarissen kunnen geen lid meer zijn. Om de band met hun KNB en het notariaat in het algemeen toch enigermate te onderhouden, kunnen zij zich aanmelden als aangeslotene. Zij zijn gerechtigd de vergaderingen⁴⁷³ bij te wonen, maar hebben geen stemrecht.

Behalve dat de KNB van vereniging een openbaar lichaam (PBO) is geworden, zit de grootste wijziging in de doelstelling. Bij de parlementaire behandeling van het ontwerp Wna is de behartiging van de gemeenschappelijke belangen van de leden bij amendement-De Koning c.s.⁴⁷⁴ als doelstelling verdwenen. De taak van de KNB als publiekrechtelijke beroepsorganisatie is beperkt tot die onderwerpen waarmee een openbaar of publiek belang is gemoeid, de behartiging van de gemeenschappelijke belangen van haar leden behoort daar niet toe, aldus de toelichting op het amendement. In de nieuwe Wna heeft de KNB tot taak gekregen de bevordering van een goede beroepsuitoefening door de leden en van hun vakbekwaamheid, alsmede de zorg voor de eer en het aanzien van het notarisambt.⁴⁷⁵

Bij verordening worden beroeps- en gedragsregels voor de leden van de KNB vastgesteld, ook kunnen regels bij verordening worden gesteld betreffende de bevordering van de bekwaamheid van de leden en de kwaliteit van de beroepsuitoefening.⁴⁷⁶ De verordeningen worden opgesteld door het bestuur (of vijf leden

471 Kamerstukken II 1993-1994, 23 706, nr. 3, p. 12 (MvT).

472 Artikel 60 Wna.

473 Omdat de KNB, maar ook de ringen, als bestuursorganen kwalificeren, zijn die vergaderingen openbaar.

474 Kamerstukken II 1997/98, 23 706, nr. 3, p. 11 en 50.

475 Artikel 61 Wna, zie ook Verstappen, L.C.A., *De Praktijcke van de Notaris* (inaugurele rede Groningen), 2000, *Ars Notariatus CVI*, p. 12.

476 Artikel 61 Wna.

van de ledenraad) en behoeven goedkeuring van de ledenraad. De KNB kan ook op andere wijze regels stellen.

De KNB heeft onder meer beleidsregels gesteld ten aanzien van:

- het tijdstip van uitbetaling van derdengelden;
- de beperking van uitbetaling van gelden aan derden;
- de beroepsaansprakelijkheidsverzekering die notarissen behoren te voeren;
- de kwaliteit van de beroepsuitoefening.

In de verordeningensfeer zijn door de KNB onder meer verordeningen uitgevaardigd inzake:

- opleiding kandidaat-notarissen;
- vakbekwaamheid;
- postacademisch onderwijs (stagepunten);
- ontvangst van contante gelden;
- beroeps- en gedragsregels;
- het voeren van administraties;
- notariële archieven.

Voorbeelden van andere KNB-acties:

- om notarissen bekwaam te maken in het ontdekken van witwasconstructies is een checklist opgesteld, voor velen een heel nuttige handleiding;
- de geheimhouding is ingeperkt ten behoeve van de fraudebestrijding.

Leden van het bestuur of de ledenraad, of zij willen of niet, vervullen hun functie niet ten behoeve van de behartiging van eigen belang of het persoonlijke respectievelijk kantoorbelang van collega (kandidaat-)notarissen; zij zitten er om de doelstelling van de KNB uiteindelijk ten behoeve van het algemeen belang mede inhoud te geven. Wendt stelt in dat verband dat als de achtergrond van de bestuurders van de organisatie ligt in de desbetreffende beroepssector, dat zij dan toch al de schijn tegen hebben en dat die achtergrond de suggestie geeft dat zij gekleurd zijn door de belangen van die beroepsgroep.⁴⁷⁷ Zij voert daartoe ook CNSD II aan.⁴⁷⁸ Dat is juist, maar ondanks die schijn zullen zij (de KNB-bestuurders en ledenraadsleden) toch, ingevolge de huidige wettekst, uitsluitend voor het publiek belang en niet voor het belang van de beroepsgroep mogen opkomen.⁴⁷⁹

477 Wendt, I., *The tension between rules regulating the (liberal) professions and EC Competition Law* (diss. Maastricht), 2009, p. 167.

478 Zaak C-35/96 (Commissie tegen de Italiaanse Republiek), § 41.

479 Tijdens de parlementaire behandeling is de behartiging van de Gemeenschappelijke belangen van de leden van de KNB bij amendement de Koning gesneuveld (Kamerstukken II 1997/98, 23706, nr. 23): '(...) De behartiging van de gemeenschappelijke belangen, met name de economische belangen, van de notarissen als zodanig behoort daar niet toe.' De KNB mag geen vestigingsbeleid voeren (Kamerstukken II 1993/94, 23 706, nr. 3, p. 11 en 50 (MvT)).

Als veiligheidsklep tegen toch belangenbehartiging van de beroepsgroep is ingevoerd de gemelde vereiste constitutieve goedkeuring van de verordeningen door de minister van Justitie.⁴⁸⁰ Deze goedkeuring moet zijn verleend voordat de desbetreffende verordening rechtskracht verkrijgt (ex ante).

Niets verhindert de (kandidaat-)notarissen echter om een notariële vereniging op te richten die wel mag opkomen (en dat ook doet) voor de belangen van de (kandidaat-)notarissen.⁴⁸¹ Inmiddels is ook in Nederland inderdaad zo'n belangenvereniging opgericht, die zich op 27 mei 2010 aan de pers heeft gepresenteerd: de 'Nederlandse Branche Vereniging Notariaat' bij afkorting genaamd de NBVN.⁴⁸²

4.5. De KNB en de ondernemersvereniging uit VWEU en Mw

4.5.1. Ondernemersvereniging

Ten aanzien van het begrip ondernemersvereniging in de zin van de mededingingsbepalingen is het volgende opgemerkt:

- de ondernemersvereniging hoeft niet zelf een onderneming te voeren om toch onder de termen te vallen;
- de juridische vorm van de entiteit is niet van invloed;
- zelfs een lichaam dat van publiekrechtelijke aard is, kan een ondernemersvereniging zijn;
- ook verenigingen van vrije beroepers vallen eronder.

Ondernemersverenigingen kunnen onder omstandigheden vrijgesteld zijn van de mededingingsbepalingen, dat is het geval:

- bij onafhankelijkheid van de leden van de ondernemersvereniging;
- als er behalve met de belangen van de leden ook rekening wordt gehouden met het algemeen belang van derden;
- bij enige vorm van controle of verplichting door de overheid.

Zelfs als publiekrechtelijke organisatie kan de KNB⁴⁸³ onder de noemer ondernemersvereniging vallen. Geelhoed en Leeftang concluderen ook in die zin en stellen dat zowel de KNB, ofschoon een publiekrechtelijke organisatie, als de Ring is aan te merken als een ondernemersvereniging in de zin van de Mededingingswet.⁴⁸⁴

⁴⁸⁰ Artikel 91 Wna.

⁴⁸¹ Zoals bijvoorbeeld in Duitsland en België inderdaad is gebeurd.

⁴⁸² Persbericht 27 mei 2010, uitgegeven door de NBVN.

⁴⁸³ Zie ook mijn opmerkingen over de KNB in § 2.3.1, 2.3.2. en 2.3.3.

⁴⁸⁴ WPNR nr. 6645, jaargang 136, 3 december 2005, themanummer Notariaat/vrije beroep en Mededingingswet, p. 943, Mw. mr. W.S. Geelhoed en mw. mr F.J. Leeftang.

Mogelijk hebben zij ook gekeken naar het optreden van de NMa,⁴⁸⁵ de daarop gevolgde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam⁴⁸⁶ en vervolgens de uitspraak in hoger beroep van het College van Beroep voor het bedrijfsleven.⁴⁸⁷ De KNB is volgens die leer een ondernemersvereniging, dat was ook het geval bij de NOvA in het arrest Wouters.⁴⁸⁸ In principe zijn beroepsorganisaties van vrije beroepsbeoefenaren inderdaad aan te merken als ondernemersverenigingen.⁴⁸⁹ Als echter de notarissen geacht worden overheidsprerogatieven uit te oefenen, dan daarover meer in de nu volgende paragraaf.

4.5.2. *Overheidsprerogatieven, ondernemingen en ondernemersverenigingen*

Als de notarissen inderdaad overheidsprerogatieven uitoefenen, dan kan dat zo geïnterpreteerd worden dat zij daardoor geen ondernemingen kunnen vormen en daarmee kan dan hun beroepsvereniging geen ondernemersvereniging zijn. Overheidsgezag respectievelijk de uitoefening van overheidsprerogatieven vormt in die leer de pendant van het ondernemen, hoe zeer dat ook voor eigen rekening gebeurt. De KNB kwalificeert dan niet als ondernemersvereniging in de zin van het VWEU en de Mw. Bij de uitoefening van overheidsprerogatieven door notarissen en de consequenties daarvan is in het vorige hoofdstuk uitvoerig stilgestaan. Zijn de leden geen ondernemer, dan kan de beroepsorganisatie geen ondernemersvereniging zijn, waarmee de mededingingsbepalingen niet op die ondernemersvereniging van toepassing zijn, tenzij de KNB zelfstandig als onderneming kwalificeert.

4.5.2.1. *Zelfstandige kwalificatie van de KNB als ondernemer*

Als de KNB zelfstandig ondernemersactiviteiten uitoefent, is zij in zoverre wel onderhevig aan de mededingingsregels. De KNB verzorgt zelfstandig cursussen, bestemd voor haar leden. Hoezeer die activiteit ook past binnen de doelstelling van de bevordering van een goede beroepsuitoefening door haar leden en van hun vakbekwaamheid, het is wel een economische activiteit. Daarmee lijkt de KNB voor dat onderdeel van haar activiteiten als zelfstandig ondernemer te kwalificeren.

485 Besluit DG NMa 14 september 1999, zaak 952/ Bredase notarissen, Markt en mededinging 1999/6, p. 182.

486 Rb. Rotterdam 18 juni 2003, Actualiteiten Mededingingsrecht 2004/3, p. 137.

487 CBB 12 maart 2004, Actualiteiten Mededingingsrecht 2004/5, p. 105.

488 HvJ EU 19 februari 2002, zaak C-309/99 (Wouters).

489 Zaak C-180-184/98 (Pavlov e.a.); zaak C-35/99 (Arduino); zaak C-309/99 (Wouters).

4.5.3. *Ondernemersvereniging, algemeen belang, overheidsparticipatie en effet utile*

4.5.3.1. *Ondernemersvereniging*

Onderscheidt de KNB zich inzake het al dan niet kwalificeren als ondernemersvereniging van andere beroepsverenigingen, zoals van haar zustervereniging de NOvA.⁴⁹⁰

De grootste verschillen zitten in de doelstelling van de beroepsorganisatie, in de functie en opdracht van de beroepsbeoefenaar en in de goedkeuringsprocedure (ex ante of ex post) door de minister van Justitie.

De Advocatenwet⁴⁹¹ geeft aan dat de algemene raad en de raden van toezicht een behoorlijke uitoefening van de praktijk bevorderen en dat zij bevoegd zijn tot het nemen van alle maatregelen die daartoe kunnen bijdragen. Tot zover de gelijkenis met de doelstelling van de KNB. Heel anders wordt het waar hetzelfde wetsartikel ook aangeeft dat deze raden ook opkomen voor de rechten en belangen van de advocaten. Dat is precies wat bij de behandeling van de Wna in de Tweede Kamer is gesneuveld via het amendement-De Koning c.s.⁴⁹² en wat in veel van de onderzochte landen nog steeds wel tot de doelstelling van veel notariële beroepsverenigingen behoort.

4.5.3.2. *Algemeen belang*

Het duidelijkst blijkt die verandering in Nederland wel uit de memorie van toelichting⁴⁹³ waarin de volgende tekst is opgenomen: ‘Het karakter van de beroepsgroep ondergaat daarmee een verandering en behartiging van het gemeenschappelijk belang, uitdrukkelijk vermeld in artikel 57 (thans 61), moet dan ook in het brede kader worden geplaatst van de behartiging van het algemeen belang van het maatschappelijk bestel waarin de beroepsgroep functioneert en een door de wet omschreven taak vervult ter instandhouding van de burgerlijke rechtsorde.’

Echter, de achtergrond van bestuurs- en ledenraadsleden is wel dat allen hetzij notaris hetzij kandidaat-notaris zijn. In de hiervoor vermelde opinie van Wendt wordt gesteld dat hun behartiging van algemene belangen wel onder verdenking staat en dat zij de schijn tegen hebben. Verder stelt Wendt⁴⁹⁴ dat de KNB dan wel de zorg heeft voor de goede beroepsuitoefening, de vakbekwaamheid en de zorg voor de eer en het aanzien van het notarisambt,⁴⁹⁵ maar dat de wet de KNB

490 Zie daarover ook § 2.3.4.

491 Artikel 26 Advocatenwet.

492 Kamerstukken II 1997/98, 23 706, nr. 23, ‘de behartiging van de gemeenschappelijke belangen, met name de economische belangen, van notarissen als zodanig behoort daar niet toe’, aldus de toelichting op het amendement.

493 Kamerstukken II 1993/94, 23 706, nr. 3, p. 11-12 (MvT).

494 Wendt, I., *The tension between rules regulating the (liberal) professions and EC Competition Law* (diss. Maastricht), 2009, p. 187.

495 Artikel 61 lid 1 Wna.

niet met zoveel woorden opdraagt het algemeen belang te behartigen.⁴⁹⁶ Hoewel de genoemde doelstelling niet met zoveel woorden aangeeft dat het algemeen belang moet worden behartigd, die doelstelling zelf is geschreven in het algemeen belang. De memorie van toelichting bij de Wna 1999 spreekt dan ook wel degelijk over publieke belangen: 'Het betreft hier de behartiging van de publieke belangen die met de uitoefening van het notarisambt gemoeid zijn'⁴⁹⁷ en de aanhaling kort hiervoor: '(...) in de behartiging van het algemeen belang van het maatschappelijk bestel waarin de beroepsgroep functioneert (...)'. Het is ook zo dat omgekeerd door het hiervoor gemelde amendement-De Koning c.s. het de KNB met name niet toegestaan werd de algemene belangen (met name de economische belangen) van notarissen te behartigen.⁴⁹⁸ Dat betekent dat de taakomschrijving van de KNB expliciet het publiek belang betreft is en het de KNB gelijktijdig expliciet niet is toegestaan de private belangen van haar leden te behartigen. Verstappen heeft een en andermaal dezelfde leer beschreven.⁴⁹⁹

De KNB heeft dan wellicht de schijn tegen met organen die uitsluitend samengesteld zijn uit haar leden maar er is wel degelijk sprake van een behartiging van uitsluitend publieke belangen.

4.5.3.3. *Overheidsparticipatie*

Dan het criterium 'enige vorm van controle of verplichting door de overheid'. De verordeningen van de KNB behoeven, voordat zij in werking treden, de goedkeuring van de minister van Justitie. De goedkeuring kan volgens de wet worden onthouden wegens strijd met het recht of het algemeen belang.⁵⁰⁰ Overige besluiten van de KNB kunnen bij Koninklijk Besluit worden vernietigd.⁵⁰¹ In deze sfeer nogmaals het HvJ EU in de zaak Wouters:⁵⁰² 'Een lidstaat kan, wanneer hij regelgevende bevoegdheden aan een beroepsorganisatie verleent, zelf de criteria van algemeen belang vastleggen en de essentiële beginselen waaraan de uit te vaardigen regelgeving moet voldoen, alsook de bevoegdheid aan zich houden waardoor de door de beroepsorganisatie uitgevaardigde regels een overheidskarakter verkrijgen en zij ontsnappen aan de voor ondernemingen geldende verdragsregels.'

496 Wendt, I., *The tension between rules regulating the (liberal) professions and EC Competition Law* (diss. Maastricht), 2009, p. 187.

497 Kamerstukken II 1997/98, 23 706, nr. 3, p. 11.

498 Kamerstukken II 1997/98, 23 706, nr. 23; 'de behartiging van de gemeenschappelijke belangen, met name de economische belangen, van notarissen als zodanig behoort daar niet toe', aldus de toelichting op het amendement.

499 Verstappen, L.C.A., *De Praktijcke van de Notaris* (inaugurele rede Groningen), 2000, *Ars Notariatus* CVI, p. 12 en Verstappen, L.C.A., *Het notariaat in Spagaat: over instroom en de toekomst van het notariaat*, WPNR 2004, 6591, 25 september 2004, § 17 lid i.

500 Artikel 91 lid 1 Wna, bovendien mogen de verordeningen de marktwerking niet onnodig belemmeren (artikel 89 Wna). De overheid toetst zelf bij het al dan niet verlenen van de goedkeuring van de verordeningen, al op marktwerking.

501 Artikel 92 Wna.

502 Zaak C-309/99 (Wouters), r.o. 67-70.

Noch de Europese Commissie, noch de NMa komt dan toe aan een beschikking zoals door de Commissie is gegeven inzake de tarieven van de Belgische architecten, waarbij de Commissie oordeelt dat de aanbevolen minimum erelonen een inbreuk vormen op de mededingingsregels.⁵⁰³

Het HvJ EU is daarmee duidelijk: zeker dus een vorm van controle (*nota bene ex ante*) door de overheid en bovendien weer met als criterium het algemeen belang.⁵⁰⁴ In *Arduino*⁵⁰⁵ was de concepttariefregeling voor de leden niet bindend. De regeling verkreeg geen rechtskracht zonder de goedkeuring van de minister. Zonder goedkeuring geen verordening.⁵⁰⁶ In dat geval kon er niet van de Italiaanse Staat gezegd worden dat hij ten volle de regelgevende bevoegdheid uit handen had gegeven.

4.5.3.4. *Effet utile*

De nuttig-effectregel (*effet utile*) verbiedt de lidstaten om iets te doen wat het nuttig effect van de artikelen 101 en 102 VWEU zou kunnen hinderen.⁵⁰⁷ Dat op zich staat op gespannen voet met de uitspraken in *Wouters* en *Arduino*. Toch heeft het Hof in die beide arresten duidelijk gesproken. In *CNSD*⁵⁰⁸ pakte het anders uit. Het HvJ EU bepaalde dat de artikelen 101 en 102 VWEU (toen de artikelen 85 en 86 EG) wel van toepassing zijn indien blijkt dat de nationale wettelijke regeling ruimte laat voor mededinging die door autonome gedragingen van de ondernemingen kan worden verhinderd, beperkt of vervalst. Bovendien wordt de mogelijkheid om een bepaalde de mededinging versturende gedraging van de werkingssfeer van artikel 101 lid 1 VWEU uit te sluiten, op grond dat zij door de bestaande nationale wettelijke regeling aan de betrokken ondernemingen is opgelegd, of elke mogelijkheid om nog te concurreren ongedaan heeft gemaakt, door de Europese rechterlijke instanties restrictief toegepast. De *CNSD* was een ondernemersvereniging waarvan de leden die bij de besluitvorming waren betrokken niet konden worden aangemerkt als onafhankelijke deskundigen. Zij waren niet verplicht om bij de besluitvorming behalve met de belangen van de ondernemingen of ondernemersverenigingen die hen hebben benoemd, ook met het algemeen belang of met de

503 Beschikking van de Commissie van 24 juni 2004 in een procedure op grond van artikel 81 van het EG-Verdrag (nu artikel 101 VWEU).

504 Zoals we eerder zagen zijn er t.a.v. de verordeningen ook termen als : mogen niet onnodig de marktwerking beperken en mogen niet anders dan strikt noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van het doel dat met de verordening wordt beoogd (artikel 89 Wna).

505 Zaak -35/99 (*Arduino*).

506 Zaak C-35/99 (*Arduino*), r.o. 41.

507 Dat was de combinatie van de artikelen 3 lid 1 sub g EG jo. 10 EG, jo. de artikelen 81 of 82 EG (nu 101 en 102 VWEU). Die verplichtten de lidstaten om de effectieve toepassing van de van de EU-mededingingsregels niet te hinderen, aldus de nuttig-effect/effet-utileleer. Inmiddels is artikel 3 lid 1 g EG geschrapt en niet teruggekomen in het VWEU, het is echter wel opgenomen in Protocol 27, waar het dezelfde rechtskracht heeft. Door het HvJ EU wordt in latere jurisprudentie vaker verwezen naar thans de artikelen 119 en 120 VWEU, bijvoorbeeld in zaak C-198/01, *CIF*, r.o. 47.

508 Ook zaak T-513/93 (*CNSD*).

belangen van ondernemingen van andere sectoren of van de gebruikers van de betrokken diensten rekening te houden. Lidstaten kunnen, aldus het HvJ EU in CNSD, zelfs niet door middel van wetgevend optreden het *effet utile* ontnemen:

‘Dat is met name het geval, indien een lidstaat de totstandkoming van met artikel 85 EG (later artikel 81 EG en weer later, thans artikel 101 VWEU) strijdige mededingingsregelingen oplegt of stimuleert dan wel de werking ervan versterkt of aan zijn eigen regeling het overheidskarakter ontnemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen.’⁵⁰⁹

Bovendien konden de besluiten in CNSD niet worden beschouwd als overheidsbesluiten. De nationale wettelijke regeling (die te veel ruimte bood) werd hier dus wel als een schending van de *effet utile*-regel beoordeeld.

Ook bij GB-Inno-BM⁵¹⁰ kon een wettelijke regeling niet door de beugel. GB-Inno-BM was een supermarkt die telefoons wilde verkopen, die moesten worden goedgekeurd door RTT, die door de overheid met die keuring was belast. RTT was echter ook zelf verkoper van telefoons. De kans bestond dat de publieke onderneming RTT zijn goedkeuringsopdracht zou misbruiken ten eigen bate. Het HvJ EU sprak uit dat de Belgische overheid in strijd met artikel 106 VWEU jo. 102 VWEU handelde, doordat het exclusieve recht op de exploitatie van het telefoonnet werd uitgebreid met het monopolie op de markt voor de verkoop en goedkeuring van telefoons.⁵¹¹

Anders dan bij de CNSD mag de KNB, zoals gezegd, met haar besluiten uitsluitend rekening houden met het algemeen belang en niet met het belang van haar leden. Dat ligt dus wel anders dan bij CNSD. De arresten Arduino en Wouters zijn dan voor de KNB meer maatgevend. Bovendien behoeven de verordeningen van de KNB de goedkeuring van de minister van Justitie, waardoor het overheidskarakter van de verordeningen juist wordt bevestigd en niet ontnomen, zoals bij CNSD.

Dat betekent dat, alleen al om die reden, het niet op de weg ligt van de nationale mededingingsautoriteit (en ook niet van de Europese Commissie) om de verordeningen van de Nederlandse notariële beroepsorganisatie aan een nader onderzoek te onderwerpen.⁵¹² Optreden op basis van de *effet utile*-leer maakt hier geen kans, omdat de KNB het algemeen belang moet dienen en om dat te borgen er ook nog eens goedkeuring door de overheid vereist is.⁵¹³

509 Zaak C-35/96 (CNSD), r.o. 54.

510 Zaak C-18/88 (GB-Inno-BM).

511 Zaak C-18/88 (GB-Inno-BM), r.o. 18-21.

512 Dit wordt later in dit boek uitvoeriger toegelicht, bij de bespreking van de al dan niet wenselijkheid van een bepaalde vorm van tarifiering, § 7.4.9 lid 1 t/m 6.

513 Institutionele borging van het publiek belang.

Ook Immenga en Mestmäcker⁵¹⁴ stellen dat als beroepsorganisaties (Kammern) bij hun verordenende bevoegdheid aan criteria van algemeen belang zijn gehouden en onder controle van de Staat staan, dan in feite hun regelingen uiteindelijk als regelingen van die Staat zijn te benoemen en dan zijn de mededingingsregels niet op de desbetreffende regelgeving van de beroepsorganisaties toepasselijk.⁵¹⁵

Heringa en Verloren van Themaat ten slotte merken op dat pure overheidsregulering buiten de scope van het mededingingsrecht valt.⁵¹⁶

4.5.3.5. *Conclusie*

De verordeningen van de KNB zijn als overheidsregeling aan te merken, worden niet geraakt door de nuttig-effect (*effet utile*)-leer en vallen ook daarmee niet onder de mededingingsregels en vallen aldus buiten het bereik van de NMa.⁵¹⁷

4.5.4. *De excepties voor de notarissen, geprojecteerd op de regelgeving door hun beroepsorganisatie*

Het voorgaande wil niet zeggen dat er geen afweging op basis van noodzakelijkheid en proportionaliteit plaatsvindt bij de totstandkoming van verordeningen. De KNB zal daar op moeten letten en ook zelf moeten wegen, ook al omdat het ministerie van Justitie in het kader van de al dan niet goedkeuring van de verordening zal beoordelen of de marktwerking door die verordening niet onnodig beperkt wordt. De beoordeling van het HvJ EU in Wouters omtrent het verbod aan advocaten om met accountants samen te werken, kan daarbij richtinggevend zijn. Daar werd de desbetreffende regeling zelfs noodzakelijk geacht en kon de NOvA daar redelijkerwijs toe besluiten, terwijl er tevens rekening werd gehouden met de wijze waarop het beroep in de desbetreffende lidstaat (Nederland) georganiseerd was. Zoals we eerder zagen, heeft het HvJ EU in Wouters eigenlijk de redenering van artikel 56 VWEU gevolgd, waar de overheid zelf de regels vaststelt, terwijl er bij Wouters sprake is van vaststelling van regels door een ondernemersvereniging. In dit verband kan voorbijgegaan worden aan het feit dat de KNB niet als ondernemersvereniging kwalificeert. De KNB is wel een PBO die verordeningen vaststelt. Het ligt daarmee in de rede te veronderstellen dat de minister van Justitie bij

514 Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, 2007, p. 146, rn. 43.

515 In gelijke zin ook Mestmäcker/Schweitzer, § 8, rn. 27 en Emmerich/Hoffmann, Festschrift Selmer, 2004, p. 305, 307.

516 Heringa, J.W. en Verloren van Themaat, W., themanummer Notariaat/vrije beroep en mededingingswet WPNR (2005) 6645, Vrijheid in gebondenheid: de vrije beroepen in het mededingingsrecht, p. 936.

517 Minkjan, E.E., reactie op het themanummer Notariaat/vrije beroep en mededingingswet, WPNR (2005) 6645, te vinden in WPNR (2005) 6648, 136, 27 december 2005. Minkjan is daar voorzichtig in. Zij concludeert enerzijds dat de NMa de KNB-regels slechts marginaal mag toetsen, terwijl zij anderzijds ook vermeldt de opmerking van Heringa en Verloren van Themaat in WPNR 2005, 6645, p. 936, dat pure overheidsregeling buiten de scope van het mededingingsrecht valt.

de weging van de KNB-verordeningen, alvorens tot goedkeuring over te gaan, in het kader van de bepaling in de Wna dat de verordeningen de marktwerking niet onnodig mogen beperken,⁵¹⁸ een weging bij voorkeur à la Wouters en daarmee de proportioneleits- respectievelijk de noodzakelijkheidstoets zal toepassen. Daarbij mag heel wel rekening worden gehouden met de wijze waarop het notariaat (overigens) in Nederland is georganiseerd.

4.6. Verhouding tussen het VWEU en de Mw

Volgens de memorie van toelichting bij de Mededingingswet zijn de mededingingsregels uit het VWEU rechtstreeks van toepassing op een belangrijk deel van het Nederlandse bedrijfsleven en voor zover dat niet het geval is, is het nuttig daarvoor een vergelijkbaar mededingingsrecht te laten gelden. Dat is in overeenstemming met het subsidiariteitsbeginsel, op basis waarvan de Europese Commissie zaken die wel onder de mededingingsregels van het VWEU vallen, maar primair een nationaal karakter hebben, aan de nationale mededingingsautoriteiten overlaat.⁵¹⁹ De Europese Commissie heeft een mededeling gedaan betreffende de professionele dienstverlening.⁵²⁰ In die mededeling stelt de Commissie⁵²¹ dat, aangezien het grootste deel van de mededingingsbeperkingen in de professionele dienstverleningssector per lidstaat zijn ontstaan en aldaar van toepassing zijn, de bestuursrechtelijke handhaving voornamelijk een zaak is van de nationale mededingingsautoriteiten en dat de particuliere handhaving van deze regels via de nationale rechter kan worden bereikt.

De Europese Commissie erkent⁵²² dat het aan de lidstaten zelf is om te bepalen in hoeverre zij de professies rechtstreeks via overheidsregels wensen te reguleren of dat zij de regulering overlaat aan de desbetreffende beroepsorganisaties.

De Raad van de Europese Unie heeft bij verordening de uitvoering van de artikelen 101 en 102 VWEU nader geregeld.⁵²³ De Raad bepaalt daarin dat wanneer de mededingingsautoriteiten van de lidstaten of de nationale rechterlijke instanties nationaal mededingingsrecht toepassen op onder meer besluiten van ondernemersverenigingen, zij dan tevens artikel 101 VWEU moeten toepassen. De nationale rechterlijke instanties zijn bevoegd artikel 101 (en 102) VWEU toe te passen.

518 Artikel 89 lid 2 Wna.

519 Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 6 (MvT).

520 Com (2005) 405 definitief, Brussel 5 september 2005.

521 Mededeling lid 20.

522 Mededeling lid 26.

523 Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag.

Verder geeft dezelfde verordening aan dat de Europese Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten de EU-mededingingsregels in nauwe samenwerking moeten toepassen. Wanneer voor Nederland de NMa op grond van artikel 101 (en 102) VWEU optreedt, dan moet de NMa daarvan de Europese Commissie onverwijld schriftelijk in kennis stellen. Ten slotte kunnen, volgens die verordening, nationale rechters, wanneer zij artikel 101 (en 102) VWEU toepassen, bijvoorbeeld besluiten ten aanzien van een ondernemersvereniging, geen beslissingen nemen die in strijd zijn met de door de Commissie gegeven beschikking. Omdat er zo veel overeenkomst is tussen de Nederlandse en Europese mededingingsregels, de inhoudelijke norm gelijk is en omdat er zo veel communicatie en samenwerking is, is het onderscheid tussen beide systemen meestal niet van belang.

4.7. Bevoegdheid inzake de handhaving en nakoming van mededingingsregels door notarissen

Voor zover zou blijken dat een algehele vrijstelling voor de notarissen niet zou gelden, zijn de artikelen 101 en 102 VWEU van toepassing op de notarissen. De Europese Commissie heeft het primaat op de handhaving, maar ook de NMa is dan bevoegd. Daarnaast kan ook ieder ander er een beroep op doen, bijvoorbeeld een collega-notaris die het niet eens is met een arrangement van notarissen als in de eerder genoemde Bredase kwestie uit 1999, of een burger die kennis heeft gekregen van een mededingingsbeperkende afspraak van notarissen. Iedereen kan dus een beroep doen op artikel 6 lid 1 Mw. De dichtstbijzijnde rechter is de bevoegde instantie aan wie de zaak kan worden voorgelegd. Als de regels van het mededingingsrecht worden geschonden, kan aldus ook een particulier een vordering instellen. Dat kan zowel een consument als een ondernemer zijn. Als een notaris last heeft van een prijsafpraak van collega-notarissen of een consument heeft het in de gaten, dan kan ieder daartegen opkomen. Zippro geeft aan dat de particulier bij zijn privaatrechtelijke handhaving ook gebruik kan maken van de rechtsfiguren uit het privaatrecht, zoals een beroep op nietigheid, schadevergoeding (op grond van onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking), het rechterlijk verbod en gebod en ongedaanmaking (onverschuldigde betaling).⁵²⁴

De nationale rechter is altijd bevoegd, de NMa is meestal bevoegd, zeker wat betreft de dienstverleners en hun beroepsverenigingen. Echter, als de Europese Commissie ter zake een procedure begint die tot het geven van een beschikking moet leiden, dan is de nationale mededingingsautoriteit niet meer bevoegd inzake artikel 101 (en 102) VWEU. Zou de NMa er al mee bezig zijn, dan begint de Com-

524 Zippro, E.J., *Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht* (diss. Leiden), 2008, p. 754-761.

missie alleen een procedure na overleg met de NMa. *Mutatis mutandis* geldt dit evenzo voor de andere EU-landen.

Het notariaat in elk van de 21 EU-landen met een Latijns notariaat zal derhalve ter zake van de mededingingsregels voor notarissen en hun beroepsorganisaties niet met de Commissie, maar primair met de nationale mededingingsautoriteiten en de nationale rechters te maken hebben.⁵²⁵

De handhaving van de mededingingsregels, indien en voor zover op het notariaat toepasselijk, is dus niet uitsluitend aan de mededingingsautoriteit voorbehouden, maar komt eenieder toe.

4.8. Consequentie van het vorenstaande

De KNB is geen ondernemersvereniging in de zin van artikel 101 VWEU en artikel 6 Mw. Hoe zinvol of niet zinvol de exercitie van de NMa tot inventarisatie van de vrije beroepen van maart 2006 ook is (waarbij zij de verordeningen/regels van de KNB aan een kritisch onderzoek onderwerpt, of die niet de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan verhinderen, beperken of vervalsen), deze inventarisatie kan en mag geen rechtsgevolg hebben. KNB en NMa hebben daar weliswaar constructief overleg over gevoerd, maar deze inventarisatie vond plaats buiten de bevoegdheid van de NMa. De NMa heeft geen zeggenschap ter zake en datzelfde geldt voor het D-G Concurrentie van de Europese Commissie.⁵²⁶ Langs verschillende routes kwalificeert de KNB niet als ondernemersvereniging, missen de mededingingsbepalingen van VWEU en Mededingingswet toepassing en staat zowel de Commissie als de NMa langs de kant, wat overigens niet wegneemt dat én de KNB én het ministerie van Justitie ten aanzien van de verordeningen van de KNB wel degelijk rekening moeten houden met mogelijk onnodig marktbeperkende effecten, maar dan via de speciale regeling van artikel 89 lid 2 Wna. Als die procedure haar beloop heeft gehad en de verordeningen zijn van kracht geworden, dan heeft de verordening het karakter van een overheidsregeling gekregen en is alleen al daarmee evenals andere overheidsregelingen, zoals de wetgeving, buiten bereik van de NMa gekomen.

525 Ter zake van de nationaliteitseis (artikel 49 en 51 VWEU) ligt de actie wel bij de Europese Commissie, zoals inmiddels alle landen die een nationaliteitsvereiste in hun wetgeving hebben opgenomen inmiddels wel ervaren hebben. Daarnaast hebben deze regels ook rechtstreekse werking.

526 In dezelfde zin concludeert ook Houdijk voor het geval de KNB niet als ondernemersvereniging te kwalificeren zou zijn, in: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2005-5, p. 251-263, en zijn bijdrage in de bundel *Advocatuur en notariaat: tussen profijt en professie*, van 3 juli 2006, p. 52 e.v.

4.9. Marktwerking, afsluitend

4.9.1. Marktwerking versus overheidsdienst

Marktwerking in het notariaat is er in alle onderzochte landen van de EU. Immers, het ambt wordt niet voor rekening van de overheid uitgeoefend, maar door de individuele notarissen voor eigen rekening. Rieter heeft al begin jaren negentig aangegeven dat het notariaat principieel eigenlijk het beste in overheidsdienst uitgeoefend zou kunnen worden, hij heeft daar recent aan gerefereerd.⁵²⁷ Werkgroep 1 van de KNB, naar aanleiding van regiobijeenkomsten met als onderwerp de toekomst van het notariaat, acht een wijziging van de notaris als een door de overheid betaalde ambtenaar niet reëel, mede omdat deze optie voor de overheid aanzienlijke kosten met zich zou brengen.⁵²⁸ Er is in het verleden in Nederland wel gespeeld met de gedachte aan een staatsnotariaat, met name aan het einde van de negentiende eeuw, maar die gedachte is spoedig weer verlaten.⁵²⁹

Portugal had het staatsnotariaat ingevoerd. Het is geen succes geworden.⁵³⁰ Begin deze eeuw is men op die schreden teruggekeerd⁵³¹ en heeft er een reprivatisering plaatsgevonden, met de steun en de expertise van de Spaanse notariële beroepsorganisatie. Ook alle staatsnotariaten in het voormalige Oostblok zijn weer geprivatiseerd na de val van de muur. In de (West-)Duitse deelstaat Baden-Württemberg laat dat Bondsland de notariële functie in haar loondienst uitoefenen. Omdat er ontoelaatbare achterstanden waren ontstaan, was daar al besloten ook voor eigen rekening en risico werkende notarissen te benoemen. Inmiddels is ook in Duitsland de hele stap gemaakt, zodanig dat volgens een vriendelijk (voor de zittende *Amtsnotare*) tijdschema het staatsnotariaat geleidelijk geheel wordt afgeschaft.

Het notariaat in overheidsdienst, hoe zuiver die benadering ook moge zijn uit hoofde van de elementen overheidsgezag en overheidsprerogatieven, heeft geen sterke *track-record* opgebouwd. Het is/wordt overal in Europa met reden afgeschaft.

⁵²⁷ Notariaat Magazine, december 2009, p. 34.

⁵²⁸ Verslag 2010, p. 3.

⁵²⁹ Velten, A.A. van, Het Notariaat: inderdaad een elastisch ambt, *Ars Notariatus* CVIII, 2000, p. 109.

⁵³⁰ De ontwikkeling was dat de prijzen steeds lager werden vastgesteld door de overheid, de notarissen een steeds marginaler product gingen leveren, daardoor naast die ene weliswaar onpartijdige en onafhankelijke adviseur, iedere partij zijn eigen adviseur ging inschakelen om nog werkelijk goed geïnformeerd te worden. Dat was dan naast het Angelsaksische systeem met altijd één adviseur voor iedere partij en het goed werkende Latijnse notariaat met slechts één juridisch adviseur voor alle partijen, de top in transactiekosten met naast partijdige adviseurs ook nog eens een marginaal opererende onpartijdige adviseur, de uitgekleden notaris. Niet verwonderlijk dat op die schreden is teruggekeerd.

⁵³¹ Bij de Decretos-Lei (besluitwetten) van 21 april 2004.

4.9.2. *Notaris voor eigen rekening en risico*

In welke private rechtsvorm een notaris of een combinatie van notarissen het ambt ook uitoefent, als de notaris niet in dienst van de overheid werkzaam is, zal er altijd sprake zijn van enige mate van marktwerking. Slechts de mate en de soort van marktwerking verschillen. Zo ook in de Nederlandse situatie voor en na de Wna van 1999. Veelvuldig wordt opgemerkt dat vanaf 1 oktober 1999 het Nederlandse notariaat marktwerking kent; dat is niet juist. Daarvoor was er ook al sprake van onderlinge concurrentie tussen notarissen, bijvoorbeeld op markt-aandeel. Wel is onder de nieuwe Wna de marktwerking aanzienlijk toegenomen, op verscheidene terreinen, met als belangrijkste exponent van die mededinging de vrije tarieven.

4.9.3. *De publieke belangen rechtszekerheid en marktwerking gewogen*

Rechtszekerheid en marktwerking vormen publieke belangen.⁵³² Het notariaat moet met zijn tijd mee gaan en zal van tijd tot tijd ook zijn eigen regelgeving kritisch moeten beschouwen, ook als zij daartoe niet gedwongen zou (kunnen) worden. Via de Wouters-doctrine kunnen de belangen worden gewogen met een beperkt, duidelijk en erkend wegingspakket en bevindt de weging zich daarmee in de lijn van het HvJ EU en daarmee ook van artikel 56 VWEU (hoewel dat artikel daarvoor niet geschreven is). Met Buendia Sierra kan er met name gekeken worden welke alternatieve, minder beperkende maatregelen mogelijk zouden kunnen zijn. Zowel bij het ontwerpen van nieuwe regels als bij het evalueren van bestaande regelgeving is het goed behalve met de deontologische, ook met de marktaspecten rekening te houden. Iedere lidstaat kan dat doen volgens de normen die het beste bij dat land en haar notariaat passen. De beroepsorganisaties en de overheid kunnen het middel toepassen, naar eer en geweten en met oog voor alle relevante aspecten. Niet met het doel marktwerking hoe dan ook te laten prevaleren en ook niet met het doel de persoonlijke belangen van notarissen te behartigen, maar in een goede afweging van alle vooral publieke belangen.

4.9.4. *Proportionaliteit en redelijkheid op de rotonde*

Wendt pleit ervoor om in plaats van een proportionaliteitstoets een redelijkheids-toets te hanteren bij de weging.⁵³³ Wouters bedient haar daar toch mee als het Hof⁵³⁴ schrijft, dat de NOvA redelijkerwijs tot de noodzakelijkheid van de desbetreffende

532 In gelijke zin Wendt, I. The tension between rules regulating the (liberal) professions and EC Competition Law (diss. Maastricht), 2009, p. 462.

533 Wendt, I., The tension between rules regulating the (liberal) professions and EC Competition Law (diss. Maastricht), 2009, p. 363.

534 Zaak C-309/99 (Wouters), r.o. 170.

regel mocht besluiten. Alle belangen ter zake dienen proportioneel en in redelijkheid op hun noodzakelijkheid en in relatie tot onder meer de marktwerking te worden gewogen. Het primaat van de verschillende publieke belangen ligt wat betreft de mening in deze dissertatie verdedigd, eerder bij de rechtszekerheid die door het notariaat op onpartijdige en onafhankelijke wijze moet worden verzorgd in tal van rechtsverhoudingen. Rechtszekerheid is meer een doel op zich, terwijl marktwerking eerder kwalificeert als een van de middelen (Mittel-zweck) om bepaalde doelen te bereiken. Het belang van partijen bij de akten, maar zeker ook het algemene publieke belang moeten daarbij derhalve vooropstaan, alles in redelijkheid beschouwd. Het is niet zo dat de zorg, de rechtszekerheid, het milieu, de geneeskunde, het onderwijs, het openbaar vervoer en andere publieke belangen volstrekt dienstbaar zijn aan dat andere publieke belang: de marktwerking. Het ontbreken van een voorrangsregel tussen de verschillende publieke belangen respectievelijk middelen om een doel te bereiken, kan worden opgelost door van geval tot geval en van lidstaat tot lidstaat in redelijkheid af te wegen welk belang (misschien nog net) voorrang moet krijgen. Bij een rotonde gaan de verschillende verkeersdeelnemers redelijk gelijk op. Zo kan het ook bij de bepaling van het voorrangrecht tussen verschillende publieke belangen. Wouters helpt de voorrang te bepalen, ook op de rotonde.

4.9.5. *De beroepsorganisatie erbij betrekken, maar het laatste woord aan de nationale overheden en kijken over de grens*

Wie moet in eerste instantie wegen welke notariële regels proportioneel, geschikt en mogelijk ook noodzakelijk zijn? Houdijk⁵³⁵ signaleert (in zijn algemeenheid) dat in de meeste lidstaten het primaat van de vormgeving van de regels aan de beroepsgroepen is overgelaten vanwege belangrijke waarden van de rechtsstaat, zoals de onafhankelijkheid van de advocaat en de notaris en de expertise van de beroepsgroep.

De voorzitter van de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit is van mening dat het aan de politiek is om te bepalen hoe ver de marktwerking moet gaan en onder welke voorwaarden zij gestalte moet krijgen.⁵³⁶ Uiteindelijk is dat juist.

Uit het in deze dissertatie hierna aan te geven onderzoek, blijkt dat ook vrijwel in alle lidstaten de overheden, bijvoorbeeld via goedkeurings- of vernietigingsprocedures, zich per saldo inderdaad een flinke bevoegdheid hebben voorbehouden. Dat doet dan overigens niet af aan het feit dat de beroepsgroepen de

535 Houdijk, J.C.A., Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen (diss. Nijmegen), 2009, p. 344.

536 Kalbfleisch, tijdens het congres: 'advocatuur en notariaat: tussen profijt en professie', op 3 juli 2006 gehouden in Den Haag, in Verslag en uitkomsten, p. 36.

regelgeving inhoudelijk veelal (mede) tot stand brengen. De expertise van de beroepsgroep mag in de regelgeving niet ongebruikt blijven. De beroepsorganisaties moeten zich daarbij van hun verantwoordelijkheid terdege bewust zijn en zullen uitsluitend deskundige en geobjectiveerde informatie moeten verstrekken. Voor zover de desbetreffende rechtssystemen dat toelaten, zou de onafhankelijke rechter in laatste instantie moeten kunnen oordelen.

Tweede Luik

5. Een beschrijving van de regulering van het notariaat in diverse EU-landen met een Latijns notariaat

5.1. Inleiding

Het streven naar meer marktwerking van vooral de jaren negentig van de vorige eeuw heeft in Nederland uitgebreid zijn weerslag gevonden in de Wna 1999. Met name de notariaten in andere EU-landen hebben de gevolgen van dat proces met grote belangstelling en enige zorg gevolgd. Zorg die mede gevoed werd doordat de Europese Commissie het notariaat met onder meer de advocatuur tot speerpunt van haar beleid maakte om behalve in de bedrijven ook in de vrije beroepen de mededinging te bevorderen. Elders in deze dissertatie heb ik beschreven hoe de Commissie daartoe congressen organiseerde voor vertegenwoordigers van de ministeries van Economische zaken en Justitie, voor de mededingingsautoriteiten en de beroepsorganisaties uit de lidstaten, congressen waar die marktbevordering werd gepropageerd. Ik heb drie van die congressen namens de CNUE respectievelijk de KNB bijgewoond. Hoe is het daarna in die andere landen gegaan en hoe zit nu de regulering voor het notariaat in de diverse EU-landen in elkaar? Welke zijn de bestaande regelingen bijvoorbeeld inzake de tarieven, de *numerus clausus*, de benoeming en de reclamemogelijkheden? Welke zijn de exclusief aan de notaris opgedragen werkzaamheden? Er zijn nog veel andere vragen die intrigeren. Ik heb een vragenlijst opgesteld die eind december 2007, met medewerking van de voorzitters van de KNB en de CNUE, is toegezonden aan alle 21 notariële beroepsorganisaties in de desbetreffende EU-lidstaten. In maart 2008 is van elf landen een schriftelijk antwoord ontvangen, van Nederland in april 2009. In het voorjaar van 2009 is de gevraagde informatie ook alsnog verkregen van België, Duitsland, Frankrijk en Luxemburg door middel van mondelinge interviews van vooraanstaande en goed ingevoerde notarissen in Duitsland en Frankrijk, in België van een notarieel hoogleraar tevens oud-notaris en van Luxemburg van de toen net benoemde voorzitter van het Luxemburgse notariaat. Ook die gesprekken zijn gevoerd aan de hand van dezelfde vragenlijst, die als bijlage is opgenomen aan het eind van deze dissertatie. De Duitse respondent is een solitair werkende *Nur-notar*, die ook bestuurlijk zowel nationaal als internationaal⁵³⁷ in het notariaat

537 Onder meer oud-president van de UINL.

actief is. Het Duitse verslag is daarna aan een Duitse (Nederlands sprekende) *Anwalt-notar* voorgelegd, die met name vanuit de hoek van dat andere Duitse notariaat een inbreng heeft gehad. Het Belgische verslag is nog aan een gezaghebbende notariële instantie voorgelegd die wel de feiten, maar niet de wensen van de mondelinge respondent voor haar rekening wil nemen. Dat betreffen persoonlijke uitingen, waarmee die instantie, ongeacht of zij het daar al dan niet mee eens was, toch niet vereenzelvigd wil worden. Aan de hand van de overzichten per land wordt inzicht gegeven in de actuele reguleringen en de mogelijke wensen tot veranderingen vanuit die beroepsgroepen. De landen zullen in alfabetische volgorde (volgens de benamingen in de Nederlandse taal) worden behandeld.⁵³⁸ Het is al met al een uitgebreid verhaal geworden. Ik heb voor de keuze gestaan om de mogelijk minder interessante landen⁵³⁹ weg te laten en mij te concentreren op de grote landen respectievelijk de uitersten tegenover elkaar te stellen: de kunst van het weglaten en het scherp stellen derhalve. Ik meen er goed aan te doen toch het verslag integraal op te nemen. De lezer kan dan zelf beslissen welke onderwerpen van welke landen hem het meest boeien en zich daarop concentreren. De opgenomen schema's tonen de dwarsverbanden en maken het daardoor mogelijk om bijvoorbeeld in één oogopslag te zien welk land welk tariefensysteem heeft of helemaal niet heeft, enzovoort. In de begeleidende tekst bij de schema's zal commentaar worden gegeven en zullen conclusies worden getrokken. Ik wil hiermee graag ook aan de beroepsorganisaties van de diverse landen een eenvoudige mogelijkheid geven om over de landsgrenzen heen te kijken, waarbij men hopelijk van elkaar kan en wil leren. Leren kan zowel van datgene wat goed gaat in een land alsook van datgene wat men liever zal vermijden.

5.2. Het notariaat in het Koninkrijk België

5.2.1. *Tarieven voor notariële diensten*

België kent een regulering van de honorering van de notariële diensten. De meeste diensten zijn getarifeerd. Vaste tarieven bestaan er bij de afstand van het recht van vruchtgebruik.

Het meest voorkomende zijn de procentuele tarieven, die betreffen de akten van koop, lening, schenking, inbreng, oprichting, ruil, hypotheek, alle vastgoedgerelateerde akten.

538 Van de vier ontbrekende CNUE-leden Bulgarije, Griekenland, Portugal en Slovenië heb ik geen informatie gekregen.

539 Maar welke zijn dat dan en voor wie zijn die dan al dan niet interessant?

Begrensde tarieven, dat wil zeggen tarieven met een minimum en een maximum, komen voor bij de akte van boedelbeschrijving en de ontbinding van vennootschappen.

De tarieven worden vastgesteld bij Koninklijk Besluit. In 1978 zijn de tarieven met 20% verhoogd, in 1980 vervolgens met 5% verlaagd, terwijl er sindsdien geen wijzigingen zijn geweest en er ook geen sprake was van een rechtstreekse indexerings.

Op de vraag aan de respondent of een wijziging in tariefregeling aan te bevelen zou zijn, kwamen de volgende suggesties: verlaging van de tarieven voor vennootschapsakten met grote kapitalen en een index voor de begrensde (minimum/maximum) en vaste tarieven.

5.2.2. *Toegang tot het ambt van notaris en numerus clausus*

De opleiding tot notaris bestaat uit een vijfjarige algemene rechtenstudie aan de Universiteit, gevolgd door een eenjarige eveneens universitaire, masteropleiding notariaat. Het universitaire notariaatjaar is inclusief een stage van veertig dagen op een notariskantoor. De notariële master wordt algemeen als het zwaarste studiejaar ervaren.

Na de studie is er een stage vereist van drie jaar. In de praktijk is dat veelal een langere stage, omdat een benoeming op zich laat wachten.

Een fors obstakel op de weg naar benoeming is een zwaar vergelijkend examen. In 2008 waren er 310 kandidaten die examen deden, waarvan er 44 de titel van kandidaat-notaris ontvingen. Het vergelijkende karakter ten opzichte van het beperkte aantal plaatsen bevordert stellig het niveau, althans wat betreft de vaktechnische aspecten. De andere vaardigheden als tact, management en ondernemerschap komen niet aan bod in de verdere benoemingsprocedure.

De goegedheid, althans de mogelijkheid tot het verkrijgen van een praktijkfinanciering, speelt ook een rol bij een benoeming, omdat gebruikelijk voor de overname van een notariskantoor ook een goodwillson betaald moet worden. De te verwachten revenuen zijn echter zodanig, dat een financiering van de praktijkovername in het algemeen geen probleem vormt.

Via de benoemingscommissie met de inlichtingen die worden verstrekt door de provinciale kamer, worden toch ook andere dan uitsluitend de intellectuele capaciteiten in aanmerking genomen. Voor een benoeming geldt geen minimumleeftijd, die ligt toch al op een voldoende hoog niveau door de geschetste eisen. Uiterlijk in zijn 60ste levensjaar moet de notaris ontslag aanbieden, waarna hij op zijn 67ste als notaris moet vertrekken. De notaris wordt benoemd bij Koninklijk Besluit, op voordracht van de minister van Justitie.

Er is een *numerus clausus* voor het aantal standplaatsen. Het aantal standplaatsen is in principe gerelateerd aan het aantal inwoners in een bepaalde standplaats en wordt ook weer bij Koninklijk Besluit bepaald. Het aantal standplaatsen wordt

jaarlijks herzien. Een bijkomende standplaats kan men aanvragen met een gemotiveerd plan. Hetzelfde geldt voor de opheffing van een standplaats.

Opvallend voor België is de geassocieerde standplaats, die niet onder de *numerus clausus* valt en vrij veel voorkomt, waardoor het aantal notarissen kon uitbreiden tot boven de *numerus clausus*.

5.2.3. *Exclusieve bevoegdheden van de notaris*

Aan het Belgische notariaat zijn diverse exclusieve taken (monopolies) toebedeeld. Dat betreft bijvoorbeeld de akten ten aanzien van overdracht van zakelijke rechten, hypotheken, veilingen van onroerende goederen, schenkingen, testamenten (hoewel die veelal ook onderhands worden opgemaakt), huwelijksvoorwaarden, samenlevingscontracten (die in België niet onderhands kunnen worden opgemaakt), echtscheidingsakten waar vastgoed bij betrokken is, de oprichting van besloten, naamloze en commanditaire (op aandelen) vennootschappen, coöperatieve vennootschappen, de Europese vennootschap (de S.E.) en de boedelbeschrijving. Opvallend is dat de aandelenoverdracht niet notarieel is.⁵⁴⁰

Zogenaemde administratieve akten die transacties van de overheid betreffen, zouden ook door de commissarissen van de Aankoopcomités en de burgemeesters gedaan mogen worden, maar de meeste gemeenten laten die toch maar door de beter geoefende notarissen passeren. In de laatste tien jaar zijn de akten van de private stichting en de verklaring van niet-vatbaarheid voor beslag van de gezinswoning van de zelfstandige erbij gekomen als exclusieve taken voor de notaris. Als gewenste aanpassing wordt genoemd: een exclusieve taak ten aanzien van de vereniging zonder winstoogmerk, de echtscheiding met onderlinge toestemming, de aandelenoverdracht en de overdracht van een onderneming.

5.2.4. *Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen*

In zijn inleiding bij de bespreking in de Kamer van het wetsontwerp tot wijziging van de Notariswet, omschrijft de toenmalige minister van Justitie, de heer Tony van Parys, de rol van het notariaat als volgt:

‘Deze hervormingen hebben enerzijds tot doel het notariaat vanuit het bestaande vertrouwen in het ambt, met meer kracht zijn rol te laten spelen als belangrijke actor van preventieve justitie. Preventie is immers van het grootste belang in de dagelijkse praktijk, waar het bieden van rechtszekerheid bijdraagt tot het vertrouwen in onze rechtsstaat.’⁵⁴¹

540 Met name een notariële akte van aandelenoverdracht geeft de overheid veel inzicht en wordt mede daarom in Nederland door de overheid zo geapprecieerd.

541 Belgisch Parlement St. Kamer 1997-98, nr. 1432/19.

Door de aard van zijn werkzaamheden zorgt de notaris voor rechtspreventie en door de correcte vastlegging van de rechtsverhoudingen vermindert de gang naar de rechter. In België bestaat desondanks een grote achterstand in beroepszaken. Jaarlijks komen er veel nieuwe geschillen bij die aan de rechter worden voorgelegd. Dit zou aanzienlijk minder kunnen zijn, als bijvoorbeeld de mogelijkheid van eigenhandig opgestelde testamenten zou worden afgeschaft. Hetzelfde geldt ten aanzien van de huurovereenkomsten. Duizenden zaken per jaar bereiken de rechterlijke instanties over uitleg en interpretatie. Notarieel vakmanschap zou daar de toestroom van juridische geschillen kunnen verminderen.

5.2.5. Publiciteit door een notaris

Publiciteit en reclame zijn als hoofdregel niet toegestaan. Het kantoor mag een discrete website voeren. Er zijn ook wel publiciteitseffecten, bijvoorbeeld bij openbare verkopen door middel van de veilingbiljetten en de advertenties. Een zekere versoepeling ten aanzien van de naams- en beroepsaanduiding aan de kantoorgevel zou wel gewenst zijn, althans meer en beter zichtbaar zijn dan het bescheiden naambord dat nu gevoerd wordt. Een vergelijking wordt getrokken met de notariële gevelschilden zoals die in Frankrijk en Oostenrijk worden gevoerd. In het algemeen wordt het beter geacht ten aanzien van publiciteit een bescheiden en niet agressief beleid te blijven voeren. Publiciteit is geregeld in het reglement van de Nationale Kamer van notarissen van 18 oktober 2005, goedgekeurd bij Koninklijk Besluit van 1 juli 2006.

5.2.6. Samenwerkingsverbanden van notarissen

Sinds 1 januari 2000, de invoeringsdatum van de nieuwe Belgische Notariswet, bestaat er geen maximum meer aan het aantal notarissen waarmee men binnen één kantoor mag samenwerken. De mogelijkheid tot samenwerking is beperkt tot notarissen-titularis en kandidaat-notarissen. De samenwerking mag uitsluitend met collega-notarissen. De kandidaat-notaris moet door de minister van Justitie 'in de schoot van de professionele vennootschap van notarissen' aangesteld worden in de hoedanigheid van geassocieerd notaris.

Samenwerkingen/associaties met andere vrije beroepsbeoefenaren zoals een advocaat, belastingadviseur, accountant of een personeelslid of een willekeurige derde, zijn niet toegestaan.

5.2.7. Rechtsvorm waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden.

Een gemeenschappelijk kenmerk voor alle vormen van toegelaten professionele vennootschappen is de vereiste van een voorafgaande goedkeuring door de Kamer van Notarissen van het contract houdende de oprichting van de vennootschap. De

Kamer zal de documenten toetsen aan de wet en de regels van de deontologie. Er is van de beslissing van de provinciale Kamer beroep mogelijk bij de nationale Kamer. De vorm is vrij, het mag geen nv zijn, maar wel een bv of een coöperatie.

De aansprakelijkheid van de notaris kan wel beperkt worden door de rechtsvorm, echter uitsluitend ten aanzien van ondernemersbeslissingen (aankoop, huur, personeel, e.d.), maar niet ten aanzien van beroepsfouten.

5.2.8. Notariële regelgeving in formele zin

De regelgeving vindt voornamelijk zijn weerslag in de Notariswet. Tot 1 januari 2000 was dat nog steeds vastgelegd in de wet van 25 ventôse jaar XI-Organieke Wet van het Notariaat. Deze wet werd ingrijpend gewijzigd door twee wetten, allebei gedagtekend 4 mei 1999 en bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 1 oktober 1999. Sederdien werd de wet nog verschillende malen gewijzigd.⁵⁴²

De provinciale Kamers en de nationale Kamer kennen reglementen voor notarissen. De reglementen behoeven goedkeuring van de overheid. De nationale Mededingingsautoriteit heeft geen bemoeienis met de totstandkoming respectievelijk goedkeuring van de Notariswet of reglementen.

5.2.9. Toezicht en tuchtrecht

Het toezicht op de notarissen wordt uitgeoefend door de provinciale Kamers. Er is toezicht op de notarissen onder meer doordat zij iedere drie maanden een balans en een verlies-en-winstrekening bij de provinciale Kamers moeten inleveren. Verder is er ieder jaar een visitatie door een collega. De administratieverordening regelt de inrichting van de boekhouding.

De provinciale Kamer van Notarissen is belast met de tuchtrechtspraak in eerste aanleg, hoger beroep is mogelijk bij de Rechtbank van eerste aanleg. Mogelijke sancties zijn: terechtwijzing, blaam, geldboete van € 125 tot € 5000. Via de rechtbank zijn de mogelijke sancties: geldboete van € 5000 tot € 12.500, schorsing en afzetting. Het publiek kan klachten deponeren bij de provinciale Kamer en bij de benoemingscommissies voor het notariaat.

5.2.10. Overkoepelende organisatie van notarissen

In de nationale Kamer zijn alle notarissen georganiseerd. De Kamer heeft regelgevende bevoegdheden. De nationale Kamer is een publiekrechtelijk lichaam.

⁵⁴² Achtereenvolgens bij de programmawet van 22 december 2003 (artikel 398), door de wet van 16 juli 2004 (artikel 2), de programmawet van 27 december 2004, de wet van 10 juli 2006, de programmawet van 1 maart 2007, de wet van 23 mei 2007, de wet van 18 juli 2008 en de programmawet van 6 mei 2009.

Deze Kamer treedt niet op als behartiger van de individuele belangen van haar leden.

Naast de Kamer bestaat al vanouds de Koninklijke Federatie van het Belgische Notariaat. De Federatie neemt een belangrijke plaats in binnen het Belgische notariaat. De Federatie verzorgt onder meer cursussen, maar ook vorming en voorlichting aan het publiek. België kent dus naast de Publiekrechtelijke Kamer een Privaatrechtelijke Vereniging die een belangrijke taak vervult. De privaatrechtelijke Federatie bestond al veel langer, de publiekrechtelijke Kamer werd daarnaast ingesteld bij de nieuwe Notariswet van 1999.

5.2.11. Aansprakelijkheid en verzekering

Zoals we al zagen, is de notaris ten volle aansprakelijk voor zijn beroepsfouten. Hij kan door de keuze van de rechtsvorm wel zijn ondernemersrisico beperken, maar niet de schade veroorzaakt door beroepsfouten.

Zowel voor de cliënt als voor de notaris zelf is een beroepsaansprakelijkheidsverzekering gewenst. In België is een dekking verplicht van minimaal € 2.500.000. De desbetreffende risico's worden in dekking genomen door de coöperatieve vereniging: Verzekeringen voor het Notariaat. Voorts bestaat er de Notariële Zekerheid.

De Notariële Zekerheid is een solidariteitsfonds opgericht in de vorm van een Vereniging Zonder Winstoogmerk (VZW). Krachtens haar statuten verleent zij, op basis van vastliggende criteria, tussenkomsten aan slachtoffers te goeder trouw van notarissen die in de uitoefening van hun ambt geldelijk in gebreke gebleven zijn en dit op vrije en vrijwillige basis zonder dat derden hierop enig recht kunnen laten gelden. Deze tussenkomsten mogen bovendien enkel en alleen betrekking hebben op bewaargevingen die uit de notariële bedrijvigheid voortvloeien. Verder verleent de Notariële Zekerheid ook hulp aan notarissen in moeilijkheden, mits voorlegging van bepaalde garanties en voor zover deze moeilijkheden resulteren uit professionele activiteiten. Daarnaast biedt zij bijstand aan notariële instellingen voor zover deze bijstand overeenstemt met haar sociale doel en ondersteunt zij de gevolgde strategie binnen het notariaat in het kader van de preventie van schadegevallen.

5.2.12. Nascholing van notarissen

Ook in België is nascholing verplicht. Men moet het voorgeschreven aantal studiepunten behalen. De gemeenschapsraden van de Federatie organiseren zeer regelmatig vormingsdagen. De postacademische vorming gebeurt aan de hand van richtlijnen die worden opgesteld door de nationale Kamer.

5.2.13. *Centrale Registers*

Het centrale testamentenregister is in beheer bij het notariaat. In het Centraal Register van Testamenten (C.R.T.) worden alle gegevens van openbare, internationale en eigenhandig opgemaakte testamenten bijgehouden. In het register worden de identiteit van de testateur, de naam van de notaris en de datum van het testament opgenomen. Onder overlegging van een overlijdensakte wordt inzage gegeven.

Het register betreffende rechtspersonen is in beheer bij de rechtbanken. Een centraal Register van Huwelijksovereenkomsten is in ontwikkeling.

Tevens heeft de wet van 6 mei 2009, houdende diverse bepalingen, een Notariële Aktenbank ingevoerd, waarin in de toekomst alle elektronisch verleden authentieke akten en een elektronisch afschrift van alle na de inwerkingtreding op papier verleden authentieke akten zullen worden bewaard.

5.2.14. *Lijdelijkheid, ministerieplicht van de notaris en full service*

In principe is de notaris weliswaar lijdelijk, maar dat onderscheidt zich van de echte lijdelijkheid van de rechter. Indien daartoe aanleiding is, zal de notaris zijn mening geven en actief adviseren. Vooral het laatste decennium is er steeds meer sprake van *Beratung* (advisering). Rechtszaken waarbij een tekort aan *Beratung* ter beoordeling wordt ingebracht, zijn fors toegenomen. Er is daarmee sprake van een relatieve lijdelijkheid.

De notaris is verplicht de hem wettelijk opgedragen taken ook daadwerkelijk te vervullen. Er is sprake van een verplichting tot full service, dat wil zeggen dat iedere notaris persoonlijk gehouden is alle gebruikelijk voorkomende notariële diensten te verlenen. Echte specialisatie op een bepaald rechtsgebied behoort daarmee dus niet tot de mogelijkheden. Met name voor de grotere steden wordt dat als een gemis beschouwd.

De pendant van de ambtsplicht is de ambtsweigerings. De notaris mag en moet zelfs weigeren als de gewenste actie in strijd is met de Notariswet of een andere dwingende wettelijke regel of als er sprake is van strijd met de openbare orde of goede zeden. Zo zal er ook aan witwassen niet mogen worden meegewerkt.

5.2.15. *Plaats van vestiging, standplaats*

Ook de Belgische notaris heeft een vaste standplaats. Hij is verplicht in die standplaats kantoor te houden. Binnen het arrondissement mag er wel buiten het kantoor gepasseerd worden. Het wordt echter deontologisch als niet gepast beschouwd om naar klanten toe te gaan. Bij grote groepen gebeurt het echter wel, evenals bij zieken, bij openbare verkoop en bij boedelbeschrijving. Er mag incidenteel buiten het arrondissement worden gepasseerd, maar alleen wanneer

de klant zich onmogelijk kan verplaatsen en wanneer persoonlijke verschijning is vereist, zoals bij eedsaflegging of het verlenen van een volmacht. Voor het overige worden alle akten binnen het kantoor gepasseerd. Het is de notaris niet toegestaan meer dan één kantoor te houden.

5.2.16. *Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding*

De notaris heeft een ambtsgeheim en een verschoningsrecht. Dat houdt ook stand ten opzichte van toezichthoudende instanties, de belastingdienst en het openbaar ministerie. Ook in België is de EU-richtlijn inzake identificatie en melding ongebruikelijke transacties in de nationale wetgeving geïmplementeerd. Uit dien hoofde wijkt de geheimhoudingsplicht van de notaris voor de meldingsplicht. Voorts kan de notaris via de zogenoemde discretieplicht het geraden achten toch mededelingen te doen via de voorzitter van de Kamer. Dat aan de identificatieplicht van de cliënt is voldaan, blijkt in voorkomend geval uit het opnemen van het nationale nummer in de akte. De notaris fungeert met name bij koopakten, bij oprichtingen van vennootschappen en inbreng in vennootschappen door zijn oplettende rol, eventuele melding of zelfs ambtsweigerings, als poortwachter en draagt daarmee bij aan de vermindering van fraude en andere criminaliteit.

5.2.17. *Oudedagsvoorziening en goodwill*

Er bestaat een vrij aanvullend notarieel pensioen. Wezenlijk is zeker de regeling waardoor de uittredende notaris van zijn opvolger een goodwillson mag bedingen. De goodwill bedraagt gebruikelijk een factor 2½ van de gemiddelde nettowinst van de laatste vijf ambtsjaren.

5.2.18. *Het Notarieel Fonds*

Het Notarieel Fonds werd in België ingevoerd om aan notarissen tegemoet te komen die hun praktijk uitoefenen in gebieden waar zij regelmatig sociale aankoopakten met een sociale lening moeten passeren, waarop zij verplicht zijn een vermindering van het honorarium (het ereloon) van € 250 toe te passen, om minder gegoede kopers beter in de gelegenheid te stellen een huis te kopen. De notarissen die deze kortingen verstrekken, mogen aan het einde van het jaar al de sociale kortingen declareren bij het Notarieel Fonds en krijgen die kortingen vergoed van het Fonds. Het Fonds komt aan zijn middelen door de solidariteitsbijdragen die elke notaris jaarlijks aan het Fonds moet betalen. Een mooi systeem,

waardoor niet alleen de notarissen in de arme regio's het sociale element behoeven waar te maken.⁵⁴³

5.2.19. *Notaris in loondienst, toegevoegd notaris, geassocieerd notaris*

De notaris in loondienst, de toegevoegd-notaris of de *notaire-salarié* kent de Belgische Notariswet niet. Dat is ook niet zo nodig, vanwege de grote souplesse door middel van het instituut geassocieerd notaris, waarbij een notaris boven het aantal van de *numerus clausus* wordt benoemd in samenwerking met een notaris wiens standplaats wel onder de *numerus clausus* valt.

5.3. Het notariaat in de Bondsrepubliek Duitsland

5.3.1. *Tarieven voor notariële diensten*

De tariefregeling in Duitsland is, vanwege het ambtelijke karakter en de deelneming in het overheidsgezag, in dezelfde kostenregeling te vinden als de tarieven van de gerechten, althans voor zover het de tarieven in de civiele zaken betreft. De tarieven zijn te vinden in de zeer uitgebreide wet, de *Kostenordnung*. Bijvoorbeeld de verklaring van erfrecht bestaat uit twee onderdelen. Het ene deel van de hand van de notaris geeft de wijze van vererving aan, wie de erfgenamen zijn en geeft andere relevante gegevens. Het tweede deel komt van de rechter die op de notariële verklaring van erfrecht, een gerechtelijke verklaring van echtheid afgeeft. Beide onderdelen kennen hetzelfde tarief. Rechter en notaris worden dus gelijk betaald. De twee stukken tezamen vormen de legitimatie waarmee de erfgenamen over de nalatenschappen kunnen beschikken.⁵⁴⁴ Een andere overeenkomst tussen de kosten van de rechter en van de notaris is dat beide ook bij wanbetalers rechtstreeks zonder vonnis van de rechter, uitvoerbaar of *vollstreckbar* zijn.⁵⁴⁵

Alle werkzaamheden van de notaris, in zijn hoedanigheid van notaris, zijn getarifeerd volgens de *Kostenordnung*. Dat is ook het geval als het niet-exclusief aan de notaris opgedragen zaken betreft. Het betreffen vaste tarieven, die worden berekend naar het belang van bijvoorbeeld het over te dragen huis, grond,

543 De wettelijke basis van deze regeling is te vinden in artikel 117 van de wet 25 ventôse jaar XI op het notarisambt. Dit artikel werd ingevoegd door artikel 44 van de Wijzigende Wet van 4 mei 1999 (B .S. 1 oktober 1999). Op 1 januari 2000 is artikel 117 van de Notariswet betreffende het Fonds in werking getreden.

544 Een verklaring van erfrecht, bestaande uit de gemelde twee onderdelen, is niet nodig als er een notarieel testament is. Dan wordt een gewaarmerkt afschrift van het testament afgegeven, dat bij voldoende duidelijkheid werkt als een verklaring van erfrecht.

545 In de discussie omtrent of en de mate waarin de notaris is belast met (gedelegeerd overheidsgezag), wordt dit ingebracht als indicatie voor de kwalificatie *Hoheitsgewalt*.

respectievelijk schenking- of hypotheekbedrag. Het tarief is een percentage van dat belang.

Verder werkt het tarief met factoren. Enige tariefvoorbeelden:

- volmacht (eenzijdige verklaring) is enkel tarief;
- overeenkomst (tweezijdige verklaring) is dubbel tarief;
- legalisatie van het voorgelegde stuk, zonder verantwoording voor de tekst, is een kwart tarief;
- aanbod doen is anderhalf tarief;
- het accepteren van een aanbod is een half tarief;
- aanbod en acceptatie maken samen weer een dubbel tarief, zoals dat bij een overeenkomst het geval is;
- inschrijving in het kadaster is enkel tarief.

Er kan nogal onenigheid ontstaan over het tarief, met name wat er voor het desbetreffende tarief gedaan behoort te worden en wat tot de extra werkzaamheden behoort. Immers, voor extra werkzaamheden mag ook extra gerekend worden.

Er bestaan ook adviestarieven voor bijvoorbeeld de executeur-testamentair, de *Testament-vollstrecker*. Daarvoor is oorspronkelijk door de *Deutsche Notarverein*, circa tachtig jaar geleden, het advies vastgesteld en wel meer specifiek door de afdeling *Rheinische Notarverein*. Inmiddels is dat adviestarief wel aangepast.

De overdrachtsbelasting wordt in Duitsland per *Bundesland* vastgesteld. Voor Noordrhein-Westfalen bedraagt dat bijvoorbeeld 3,5%, voor Hamburg 4%.

De *Bundestag*, het Duitse nationale parlement, stelt de notaristarieven vast op voordracht van de *Bundesregierung*. De laatste aanpassing is van 1998, toen werden de tarieven in de hogere regionen verlaagd.⁵⁴⁶ De tarieven zijn niet geïndexeerd, ze lopen in ieder geval mee met de waardeontwikkelingen in bijvoorbeeld het vastgoed. Opvallend is dat voor de *neue Länder*, de landen uit de vroegere DDR, een ander (lager) tarief geldt. Economisch gelden daar immers toch nog steeds andere omstandigheden en bestaat daar minder welvaart.

Het tariefsysteem werkt volgens de respondent goed, er zitten sociale elementen in, in die zin dat een cliënt met een klein belang bij de notaris vaak goedkoop uit is, terwijl in geval van grotere belangen aanzienlijk meer betaald moet worden. Deze cross-subsidie komt bijvoorbeeld voor bij een verklaring van erfrecht, daar bedraagt het minimumtarief voor een klein belang € 20, terwijl eenzelfde verklaring voor een groot belang veel duurder is. De notaris geeft daarmee voor de minder gefortuneerden een betere entree. Naast het sociale effect wordt de gang naar de notaris voor een kleine overdracht er ook door bevorderd, waardoor de kans

⁵⁴⁶ Dat was hoogconjunctuur, de koopsommen liepen op en daarmee ook de notariële tarieven in bedragen. In Nederland heeft dat bijgedragen aan de wens om de notariële inkomens te verlagen door middel van de invoering van vrije tarieven.

op kadastrale vervuiling vermindert. Met andere woorden, het aantal officiële eigendomsverhoudingen, derhalve buiten het kadaster om, wordt erdoor beperkt.

De tarieven van de notaris zijn rechtstreeks executabel zonder gerechtelijk vonnis.

5.3.2. *Toegang tot het ambt van notaris en numerus clausus*

In Duitsland hebben alle juristen dezelfde vierjarige academische opleiding tot *voll-jurist*. De opleiding wordt afgesloten met het eerste staatsexamen, het zogenoemde *Referendar-Examen*. Deze opleiding geeft ook de kwalificatie tot het rechtersambt.

Na het examen volgt een stage van 2½ jaar, die in de praktijk meestal uitloopt tot 3½ jaar. Ook de aspirant-notaris is vrij om te kiezen waar die stage gelopen wordt en is niet verplicht voor een notarisstage te kiezen. Het betreft verschillende stages, bijvoorbeeld bij een gerecht, een advocaat (*Rechtsanwalt*), openbaar ministerie (*Staatsanwalt*) of een notaris. Na iedere fase wordt er een getuigschrift afgegeven en een verklaring omtrent de resultaten.

De stageperiode wordt gevolgd door het tweede staatsexamen, het zogenoemde *Assessor-Examen*. Als dat traject is doorlopen en succesvol is afgesloten, dan kan men in principe advocaat, rechter, officier van justitie of notaris worden. Wil men in het notariaat gaan werken, dan meldt de kandidaat zich bij de Kamer van Notarissen (de *Notarkammer*) en probeert men een benoeming tot *Notar-Assessor* te verkrijgen. Binnen de *Rheinische Notarkammer* bijvoorbeeld zijn er niet meer dan circa vijftig assessoren in functie. De assessoren worden op voordracht van de Kamer door de minister van Justitie van het desbetreffende *Bundesland* benoemd.

Om tot notaris te worden benoemd, moet er een vacature zijn waarop gesolliciteerd kan worden. Via gesprekken met vertegenwoordiger(s) van de minister van Justitie en de Kamer van Notarissen worden de beste sollicitanten benoemd. De volgorde van de voordracht wordt bepaald door het verloop van de gesprekken, waarbij ook de examenresultaten in aanmerking worden genomen. Voorts moet de sollicitant van onbesproken gedrag zijn en de Duitse nationaliteit bezitten. De geschetste regeling betreft de *Nur-Notare*. Dat zijn notarissen die het notarisambt niet combineren met het beroep van advocaat.⁵⁴⁷

De notarissen die het ambt van notaris combineren met het beroep van advocaat, de zogenoemde *Anwalt-notare*, moeten vóór zij tot notaris kunnen worden benoemd een bepaalde (langere) tijd advocaat zijn geweest. Willen zij benoemd worden, dan wordt er aan de hand van verschillende criteria beoordeeld of er plaats is voor een nieuwe notaris. De advocaat moet in gesprekken blijf geven

⁵⁴⁷ In een aantal Bondsstaten komen uitsluitend *Nur-Notare*, in andere alleen *Anwalt-notare* voor en in een aantal landen komen beide voor, zo bijvoorbeeld in Nordrhein-Westfalen. Na de val van de muur hebben, op één na, alle nieuwe (voormalige DDR-)landen gekozen voor het *Nur*-notariaat.

van voldoende kennis van de notariële vakgebieden, hij moet daartoe cursussen hebben gevolgd en de desbetreffende examens met goed gevolg hebben afgelegd. Recent is er een vergelijkend toegangsexamen voor advocaten ingevoerd aan de hand waarvan beoordeeld wordt wie tot notaris benoemd kan worden. Het vergelijkings-effect zal voor kleinere plaatsen beperkt zijn, aangezien alleen diegenen kunnen kandideren die ten minste vijf jaar in die desbetreffende plaats in de advocatuur gewerkt hebben. Als de solliciterende advocaat aan de gestelde eisen voldoet en het vergelijkend toelatingsexamen met goed gevolg heeft afgelegd, volgt benoeming tot notaris.

Voor alle notarissen geldt een leeftijd van 70 jaar⁵⁴⁸ waarop moet worden gedefungeerd. Formeel bestaat er geen minimumleeftijd voor de benoembaarheid, maar door de stapeling van opleidings- en stage-eisen is er feitelijk wel een onderkant.

De notaris wordt benoemd door de *Landesregierung*, de regering van de deelstaat, en dan in feite door de minister van Justitie van die deelstaatregering. Er kan door de minister van Justitie ook gebruik gemaakt worden van de delegatiebevoegdheid ter zake van benoemingen van notarissen; hij kan het benoemingsrecht delegeren aan de president van het *Oberlandesgericht* (gerechtshof).

Per deelstaat wordt het aantal notarissen vastgesteld in overleg met de Kamer van Notarissen. Bij de vaststelling van het aantal notarissen wordt in aanmerking genomen de economische ontwikkeling, het aantal inwoners en andere relevante aspecten. Het aantal standplaatsen wordt om de twee à drie jaar opnieuw bekeken en eventueel aangepast.

5.3.3. *Exclusieve bevoegdheden van de notaris*

De exclusieve taken voor de notaris bevinden zich in het rechtsgebied van het vastgoed, het ondernemings- en rechtspersonenrecht en het familie- en erfrecht. Binnen het rechtspersonenrecht is de GmbH inclusief de aandelenoverdrachten het exclusieve domein van de notaris.

De overdracht van AG-aandelen is niet verplicht notarieel.

In het laatste (ruime) decennium zijn er verschillende exclusieve taken in het rechtspersonenrecht bijgekomen, zoals omzettingen van een bepaalde rechtspersoon in een andere rechtspersoon, evenals juridische splitsingen en -fusies; ook die rechtsfiguren zijn exclusief aan de notarissen toevertrouwd.

De respondent acht het een goede ontwikkeling als de echtscheiding met wederzijds goedvinden via de notaris zou kunnen plaatsvinden. Ook de verklaring van erfrecht zou heel goed in plaats van deels via het *Amtsgericht* geheel via de notaris kunnen gaan, althans als er geen juridische strijd is over de toepasselijke vererving. Borgstellingen van private personen gaan nu nog onderhands. Het zou

⁵⁴⁸ *Bundesnotarordnung* § 48a.

een versterking van de rechtszekerheid en rechtsbescherming zijn als een zodanige borgstelling alleen nog via de notaris zou kunnen gaan. Bij deze rechtshandeling, die zulke ingrijpende gevolgen kan hebben, zou de cliënt dan ook verzekerd zijn van *Belehrung* en *Beratung*. Testamenten gaan veelvuldig onderhands, wat aanleiding geeft tot veel rechtsgedingen na overlijden. Het aantal gedingen zou stellig verminderen als de testamenten nog uitsluitend door notarissen zouden worden opgemaakt. Om aldus de foutkans te verminderen en ook om te bevorderen dat testamenten altijd boven water komen en te voorkomen dat zij weggewerkt of niet gevonden worden. Door het lage tarief voor het opmaken van testamenten zal de notaris zeker geen grote omzetsijging ervaren, maar wel het zal bijdragen aan een goed rechtssysteem met een grotere rechtszekerheid bij verervingen en daarmee aan een vermindering van de druk op de rechterlijke macht. Het zelf schrijven van testamenten is diep in de samenleving geworteld, zo diep dat een verandering, in die zin dat testamenten nog uitsluitend door de notaris zouden mogen opgemaakt, maatschappelijk en politiek onhaalbaar lijkt, hoe zeer dat ook (samen met een dan wel haalbaar goed testamentenregister) zou bijdragen aan een betere orde in het erfrecht.

5.3.4. *Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen*

Door de aard van zijn werkzaamheden zorgt de notaris voor rechtspreventie. Correcte vastlegging van de bedoeling van partijen in akten en goede bewaring daarvan verminderen de gang naar de rechter.

Mediation wordt vooral door de *Anwaltnotare* beoefent. De notaris is al vanouds bezig met het bemiddelen in familie- en erfeniskwesties, al ruim voordat het woord mediation in het rechtssysteem werd gebruikt. De bemiddeling behoort tot het dagelijkse handwerk van de notaris. Met gebruikmaking van zijn kennis van het recht probeert de notaris ook daadwerkelijk tot een goede oplossing te komen die ook juridisch stand houdt. Ook op die wijze draagt de notaris bij aan een verminderde gang naar de rechter. Mediation doet dat ook, maar daar is meer sprake van een begeleidende en minder van een initiërende rol. Ook in de rol van executeur-testamentair voorkomt de notaris een extra gang naar de rechter.⁵⁴⁹

5.3.5. *Publiciteit door een notaris*

De notaris mag geen individuele reclame maken. Reclame wordt regionaal door de desbetreffende Kamer verzorgd. Ook zijn er per gemeente/stad voorlichtingsavonden waar alle notarissen een rol vervullen. De Kamer verzorgt ook voorlichting via internet en sinds enige tijd is het de notarissen toegestaan een eigen site

549 Ook in Duitsland mag dezelfde notaris niet in dezelfde nalatenschap zowel executeur-testamentair als boedelnotaris zijn.

te hebben, waar toch ook wel enige individuele reclame te vinden is. De Kamers treden daar overwegend niet tegen op. Omdat het Duitse notariaat zo dicht tegen de rechterlijke macht aan zit en zo op vele gebieden vergelijkbaar is geregeld, is ook daarom geen individuele reclame toegestaan.

De stelling is dat concurrentie gevormd moet worden door kwaliteit, niet door het bedenken van de mooiste slogans. De goede kwaliteit is wel bevorderend voor een goed functionerend notariaat en daarmee voor een grotere rechtszekerheid.

Vanuit het *Anwaltnotariaat* worden er wel lezingen gehouden door de notaris van één kantoor, bijvoorbeeld op verzoek van een bank of een kerk of anderszins om een voorlichtingsavond (mede) te verzorgen.

5.3.6. Samenwerkingsverbanden van notarissen

De Duitse *Nur-Notar* mag uitsluitend met een notaris samenwerken. De samenwerking is pas toegestaan na toestemming van de minister van Justitie van het desbetreffende *Bondsland*. In alle Bondslanden is de samenwerkingsmogelijkheid beperkt tot twee notarissen. In Hamburg was aanzienlijk meer toegestaan, maar het aantal is daar kort geleden beperkt tot drie. Samenwerking van notarissen mag uitsluitend binnen dezelfde standplaats. De *Anwaltnotare* mogen behalve met notarissen ook samenwerken met advocaten, belastingadviseurs en accountants.

De regeling om de samenwerkingsmogelijkheid voor *Nur-Notare* beperkt te houden tot notarissen is vooral bedoeld om de onafhankelijkheid van notarissen te bevorderen. De notaris kan een assessor toegewezen krijgen door de Kamer.

Leverage zoals in veel beroepen gebruikelijk is, is in Duitsland uitdrukkelijk niet de bedoeling. De notaris moet zich primair zelf met zijn cliënten bezighouden. Het is in Duitsland een zeer persoonlijk ambt. De notaris zou, behalve via assessoren, ook een versterkte vorm van leverage kunnen bereiken door zogenoemde *Volljuristen* aan te stellen, maar ook dat is niet toegestaan. Wat in andere beroepen, zoals advocatuur, accountancy of belastingadviespraktijk, juist de grote mogelijkheid tot omzetvergroting vormt, de delegatie van werkzaamheden aan gekwalificeerde professionals in loondienst is in het Duitse notariaat niet toegestaan. De kantoren hebben dan ook alle een relatief beperkte omvang. Economen en organisatiedeskundigen zullen hiervan gruwen, maar er is wat voor te zeggen. Bij een heel sterke leverage kan het notariële handwerk wel erg ver van de notaris verwijderd gebeuren. Met de intrede van de geautomatiseerde modellen lijkt het eenvoudig om de akten door lager geschoolden te laten voorbereiden en op te maken.

Het publieke ambt lijkt het ook in dit opzicht in Duitsland te hebben gewonnen van de notariële onderneming.

5.3.7. *Rechtsvorm waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden*

Het notarisambt mag in Duitsland niet binnen een rechtspersoon uitgeoefend worden. De samenwerking van notarissen kan uitsluitend in een personenvennootschap, een maatschap, geschieden. De aansprakelijkheid is daarin gescheiden, iedere notaris is alleen aansprakelijk voor zijn eigen akten. Door het sterk persoonlijke karakter van het notarieel optreden in Duitsland is dat ook een beter te verdedigen en te billijken figuur dan in landen waar een veel grotere leverage plaatsvindt. Het samenwerkingsverband heeft wel één kas. De persoon van de notaris staat centraal. Hij garandeert een goede beroepsuitoefening en is daar ook persoonlijk aansprakelijk voor.

5.3.8. *Notariële regelgeving in formele zin*

De Notariswet⁵⁵⁰ regelt het notarisambt. De Notariswet is een Bondswet, te onderscheiden van de Landswetten.

Ook in andere Bondswetten staan voor het notariaat van belang zijnde regelingen, zoals in de eerste plaats het burgerlijk wetboek (BGB) en het rechtspersonenrecht.

Zoals eerder opgemerkt, is ook de tariefregeling voor notarissen opgenomen in de *Kostenordnung*. Verschillende uitvoeringsregels zijn aan de regelgeving van de bondslanden overgelaten, maar die zijn wel in hoge mate afgestemd op elkaar en derhalve overwegend gelijklopend.

De *BundesNotarKammer* (BNotK) mag geen richtlijnen meer geven, dat is het domein van de regionale Kamers. De Kamers mogen uitsluitend *Standesrichtlinien* geven, dat zijn voornamelijk uitwerkingen van de *Bundesnotarordnung*. De Kamer heeft van geen enkele instantie goedkeuring nodig betreffende haar richtlijnen en verordeningen.

De mededingingsautoriteit speelt geen rol bij de vaststelling van de regels voor het notariaat.

5.3.9. *Toezicht en tuchtrecht*

Iedere vier jaar wordt een notaris bezocht door een toezichthoudend college bestaande uit een rechter en twee accountants, die het kantoor en de notaris aan een zorgvuldig onderzoek onderwerpen. Ook hier weer eenzelfde regeling als voor de rechterlijke instanties. Het toezicht omvat wel de juiste toepassing van de beroepsregels, maar niet de juridische kwaliteit van de akten. De argumenten daarvoor zijn andermaal ontleend aan de vergelijkbaarheid met de rechterlijke macht, waar ook de inhoud van de akten niet door een toezichthouder wordt gecontroleerd. Daarvoor is dan weer een (hogere) rechter aangewezen, bij de rechterlijke

⁵⁵⁰ *Bundesnotarordnung*.

macht door middel van hoger beroep en bij de notarissen ook door middel van een gang naar de rechter. In kwaliteitstoezicht lijkt daarmee niet echt te zijn voorzien.

De tuchtrechtspraak is in volgorde van zwaarte in handen van de Kamer, de president van het *Landesgericht*, de president van het *Oberlandesgericht* en ten slotte de minister van Justitie van het bondsland, die een zaak kan aanbrengen bij de notaris-senaat. Een notaris-senaat is een afdeling van een speciaal daartoe aangewezen gerechtshof. De notaris-senaat bestaat uit twee rechters (raadsheren) en een notaris. Tegen een uitspraak van een notaris-senaat is hoger beroep mogelijk bij het *Bundesgerichtshof*. Straffen die kunnen worden opgelegd zijn een waarschuwing, een afkeuring, een berisping, geldboetes, schorsing (die straf bestaat alleen voor *Anwaltnotare*) en ontzetting uit het ambt. Het publiek kan zijn klachten deponderen bij de Kamer of de president van het *Landesgericht*.

5.3.10. Overkoepelende organisatie van notarissen

Alle notarissen zijn verplicht georganiseerd in de regionale Kamer. De Kamer is een publiekrechtelijke rechtspersoon. De Kamers zijn weer georganiseerd in de *Bundesnotarkammer* (BNotK), die haar zetel sinds de verplaatsing van de Bondsregering van Bonn naar Berlijn eveneens daar heeft.

De regionale Kamers vertegenwoordigen de gezamenlijke notarissen in hun gebied, zij hebben de zorg voor de eer en het aanzien van de bij haar aangesloten notarissen, zij moeten de toezichthouders ondersteunen, de handhaving van het notariële recht bevorderen, evenals de goede uitoefening van het ambt.⁵⁵¹

De Kamers moeten verder richtlijnen uitvaardigen betreffende de ambtsplichten van de notarissen en de uitoefening van hun beroep. Die richtlijnen kunnen onder meer betreffen: de handhaving van onafhankelijkheid en onpartijdigheid, de samenwerking met andere notarissen, de publiciteit met betrekking tot de vestiging van een notaris, het naambord, het drukwerk, het voeren van bepaalde titels, het optreden van de notaris in het openbaar en het voeren van de naam in advertenties, het te werk stellen en opleiden van medewerkers, het passeren van akten buiten de standplaats, de gewenste bij-/nascholing. Ook het gedrag van notarissen ten opzichte van andere notarissen, maar ook van de gerechten, de overheid, de advocaten en de andere adviseurs van zijn opdrachtgevers, kan onderwerp zijn van een notariële richtlijn.

De Kamers moeten ook de opleiding van notariële medewerkers bevorderen en collectieve beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen afsluiten.

De Kamers kunnen beperkte straffen opleggen.

Buiten de wettelijke taken houdt de Kamer zich bezig met lobby en vertegenwoordiging/representatie van het notariaat.

⁵⁵¹ § 67 *Bundesnotarordnung* (BNotO).

Naast de Kamers is er het Duitse *Notar Institut*,⁵⁵² gevestigd in Würzburg, een wetenschappelijk instituut op het terrein van de notariële vakgebieden. Het instituut kan door notarissen worden geraadpleegd voor rechtsvragen. In de relatief korte tijd van haar bestaan heeft het instituut naam gemaakt en haar belang voor het notariaat en voor de samenleving bewezen.

De Kamers mogen ook de belangen van de notarissen behartigen.

Naast de verplichte deelname in de Notariskamers, zijn de notarissen ook lid van de regionale Notarisverenigingen, zoals de oudste van Duitsland, de *Rheinische Notarverein*.⁵⁵³ De regionale notarisverenigingen op hun beurt zijn weer lid van de Duitse Notarisvereniging, dat is een bondsvereniging, een vereniging van verenigingen derhalve. Dit betreffen allemaal verenigingen van uitsluitend *Nur-notarissen*.

De *Anwaltnotarissen* zijn georganiseerd in het *Verband Deutscher Anwaltnotare E.V.*

Met name de *Deutscher Notarverein* (van *Nur-notarissen*) maakt veel werk van lobby en representatie. Bij de eenwording van Duitsland heeft deze vereniging zich zeer ingespannen om de landen van de voormalige DDR met het rechtssysteem en het notariaat in het bijzonder vertrouwd te maken. Dat heeft er uiteindelijk in geresulteerd dat alle vijf ‘nieuwe’ landen⁵⁵⁴ hebben gekozen voor het systeem van het *Nur-notariaat*. Het land Berlijn wordt maar ten dele aangemerkt als een nieuw land, immers Berlijn was al voor *die Wende* deel van de Bondsrepubliek Duitsland. Berlijn kende al het *Anwalt-notariaat* en heeft dat na de eenwording ook behouden in het nu grotere land Berlijn. Berlijn kent naast het *Anwalt-notariaat*, geen *Nur-notariaat*.

5.3.11. Aansprakelijkheid en verzekering

De notaris is ten volle aansprakelijk voor zijn ambtsuitoefening, hij kan dat niet beperken, niet door zijn ambt binnen een rechtspersoon uit te oefenen en niet door contractuele aansprakelijkheidsbeperking.

De notaris is verplicht een adequate beroepsaansprakelijkheidsverzekering te hebben. De eerste trede van deze verzekering is individueel af te sluiten en belooft een dekking tot € 250.000, de tweede trede is door de regionale Kamer afgesloten en gaat tot € 500.000. Dat alles is verplicht, daarna kan individueel nog

552 Te vergelijken met het juridisch bureau van de KNB en het wetenschappelijk bureau van de Franse CSN, de Cridon.

553 Voor haar jaarvergaderingen worden ieder jaar weer de voorzitters van de Nederlandse notariële ringen, die aan het Rheinland grenzen uitgenodigd, evenals de voorzitter van de KNB en de voorzitter van stichting tot bevordering van de notariële wetenschap.

554 De vijf nieuwe landen zijn: Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen.

aanvullend verzekerd worden, gebruikelijk is nog tot minstens € 5.000.000 bij te verzekeren.

Om het vertrouwen in het notariaat hoog te houden, is er nog wel de mogelijkheid voor gedupeerde cliënten om een beroep te doen op een vertrouwensschadefonds. Dat is alleen bedoeld voor cliënten die opzettelijk gedupeerd zijn via kwade trouw van de notaris en welke schade (daardoor) mogelijk niet via de verzekering is gedekt. De geldmiddelen van het fonds worden door de notarissen verschaft. Het fonds is niet tot uitkering verplicht. Er is weinig beroep op gedaan.

Ook qua aansprakelijkheid is de notaris weer gelijk behandeld als de overheid. Pas als er in de zakelijke verhoudingen niemand anders aansprakelijk kan worden gesteld, bijvoorbeeld een wederpartij, pas dan zijn notaris en de overheid aansprakelijk.⁵⁵⁵

5.3.12. *Nascholing van notarissen*

Er is weliswaar een bijscholingsplicht voor notarissen, maar die is weinig gespecificeerd. Niet een systeem met punten en/of bepaalde leerstof. Wel wordt bij de, hiervoor vermelde, vier-jaarlijkse controle van de notaris ook gevraagd welke beroepsstudie de notaris in de afgelopen jaren heeft gevolgd. De Kamer kan regels stellen en faciliteiten organiseren, zo ook voor de scholing van medewerkers.

Mijn respondent noemt dit als een verbeterpunt. Mogelijk ligt er op dit toch wat onontgonnen terrein een dankbare taak voor wellicht het Duitse *Notar Institut*.

5.3.13. *Centrale registers*

Een testamentenregister bestaat in Duitsland niet in een vorm waarbij alle testamenten uit het hele land bijeen worden gebracht in één register. Testamenten worden door de notaris wel gemeld aan de burgerlijke stand van de gemeente waar de desbetreffende testateur is geboren. Die instantie maakt daarvan aantekening. Het overlijden wordt bij dezelfde instantie gemeld.

Aangezien in Duitsland een grote voorkeur bestaat tot het zelf schrijven van testamenten en de notaris van die testamenten vaak geen weet heeft, zullen lang niet alle testamenten bij de burgerlijke stand gemeld worden en aangezien er ook geen andere vorm van testamentregistratie bestaat, is het dus lastig om de juiste vererving met zekerheid vast te stellen.

Het notariaat heeft één openbaar register in beheer en dat is het register van volmachten. Dat is geïnitieerd en wordt beheerd door de *Bundesnotarkammer*. Het register voorziet in een grote behoefte en is in Duitsland een groot succes. Andere registers heeft het notariaat niet in beheer.

555 § 839 BGB.

5.3.14. *Lijdelijkheid, ministerieplicht van de notaris en full service*

Oorspronkelijk was de taak van de notaris een lijdelijke. Dat is nu totaal anders. Zeker ook in Duitsland is de *Belehrung* en *Beratung* opgeschoven ten koste van de lijdelijkheid.

Niet voor niets worden de Duitse termen *Belehrung* en *Beratung* in vele landen gebruikt. In het *Beurkundungsgesetz* wordt een en ander uitgebreid geregeld. Zo is de notaris verplicht om de wil van partijen te onderzoeken, toe te lichten waarom het gaat en de strekking en gevolgen van de handelingen goed duidelijk te maken. Twijfel bij en vergissingen van partijen moeten worden weggenomen respectievelijk voorkomen. Belangrijk is ook dat de notaris erop let dat onervaren of zwakke partijen niet worden benadeeld. Als de notaris reden heeft om te twijfelen of de zaak wel de werkelijke wil van een partij is, dan is hij verplicht dat nader met die partij te bespreken en na te vragen. Heeft de notaris twijfel over de effectiviteit van de transactie, maar volharden partijen in hun wens om de transactie toch doorgang te laten vinden, dan is de notaris verplicht om zijn *Belehrung* en de verklaringen van partijen in de akte op te nemen:⁵⁵⁶ een stevige opdracht voor de notaris. Net als de termen *Belehrung* en *Beratung* zou ook dit voorschrift navolging verdienen in andere landen.

De notaris heeft exclusieve werkzaamheden toebedeeld gekregen, maar is dan ook verplicht om die te vervullen (ministerieplicht). De notaris moet alle gebruikelijke notariële diensten daadwerkelijk aanbieden. Ook in associaties moet iedere notaris zijn dienst verlenen op alle rechtsgebieden als de klant dat zou willen. Toch komt in associaties wel een zekere specialisering voor, maar formeel is iedere notaris tot full service gehouden. De respondent acht het notariële vakgebied niet zo uitgebreid dat specialisering geboden is, naar zijn mening kan een notaris heel goed alle hoofdterreinen van het notariële vakgebied bedienen. De notaris mag en moet zelfs zijn dienst weigeren in geval van strijd met de wet, goede zeden en dergelijke. Ook een te nauwe betrokkenheid met een cliënt kan reden tot dienstweigeren zijn. Ook hier weer de parallel met de rechterlijke macht, waar een rechter gewraakt kan worden of vooraf zichzelf al wraakt.

Opvallend is dat de notaris mag weigeren als hij te veel werk heeft en alleen met vertraging zou kunnen passeren. Het is aan hem zelf om te beoordelen of hij te veel werk heeft. Niet genoeg personeel kan wel even maar niet langdurig als reden worden opgevoerd; dan kan hij immers meer personeel aannemen. Maar als de notaris aan zijn limiet zit, bijvoorbeeld wat betreft het passeren van akten en daarmee het geheel voorlezen⁵⁵⁷ van de akten, dan kan dat wel als blijvend argument dienen. Ook door het gegeven dat de notaris niet onbeperkt *Notar-assessoren*

⁵⁵⁶ § 17 Grundsatz van het *Beurkundungsgesetz*.

⁵⁵⁷ In Duitsland moet de notaris de akten nog steeds geheel voorlezen.

toegewezen kan krijgen en ook niet zijn capaciteit zo maar mag uitbreiden door *Volljuristen* aan te stellen, wordt zijn kantoorcapaciteit beperkt.

5.3.15. *Plaats van vestiging, standplaats*

De notaris wordt benoemd in een vaste standplaats waar hij kantoor moet houden. Hij moet daartoe de plaatselijk gebruikelijke openingstijden aanhouden. De notaris is niet bevoegd buiten de jurisdictie van de rechtbank, het *Amtsgericht* waartoe zijn standplaats behoort, akten te passeren en hij mag in principe ook alleen binnen zijn kantoor akten passeren. Als de akte een grote groep personen betreft, dan mag gepasseerd worden in een zaal ergens binnen zijn standplaats.

Buiten het gebied van het *Amtsgericht* waaronder hij ressorteert, mag hij alleen passeren met een goede reden⁵⁵⁸ en mits vooraf meegedeeld aan de Kamer. Buiten het gebied van het gerechtshof (*Oberlandesgericht*) waaronder zijn plaats van vestiging ressorteert, mag de notaris alleen dan passeren als hij de toestemming heeft verkregen van de president van dat gerechtshof en van de president van het gerechtshof waaronder die andere locatie valt.

Er is overigens geen beperking in welke cliënten een notaris mag bedienen; dat kunnen cliënten uit de hele Bondsrepubliek en zelfs van daarbuiten zijn.

Het is de notaris niet toegestaan meer dan één kantoor te houden. Het kan hem wel worden toegestaan/opgedragen door de minister van Justitie van het desbetreffende Bondsland om zittingsdagen te houden in gebieden waar geen notaris is gevestigd. Door de toegenomen mobiliteit en verbeterde communicatiemogelijkheden komt dit thans echter vrijwel niet meer voor.

5.3.16. *Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding*

Ook in Duitsland heeft de notaris een ambtsgeheim. Bij in de wet genoemde gevallen moet het ambtsgeheim worden doorbroken. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de uitvoering van de EU-regels betreffende het witwassen van gelden en de financiering van terrorisme, welke regeling ook in de Duitse Bondswet is geïmplementeerd. Ook geldt het niet als alle partijen bij een bepaalde zaak de notaris van zijn ambtsgeheim ontheffen. Ten aanzien van de toezichthouders op het notariaat kan het ambtsgeheim niet worden ingeroepen. De Kamer, de president van de rechtbank en de minister van Justitie kunnen dus van de notaris verlangen, dat hij de voor een deugdelijk toezicht benodigde informatie verstrekt. Ook ten aanzien van de belastingdienst is openheid vereist in bepaalde transacties, zoals bij vastgoedoverdrachten in verband met de te heffen overdrachtsbelasting. Tegenover het openbaar ministerie kan de notaris zich wel op zijn ambtsgeheim beroepen, wederom tenzij de wet anders bepaalt (zoals bij witwassen).

⁵⁵⁸ Een goede reden kan zijn een sterke vertrouwensrelatie met een partij.

Door de rol van de notaris, dienstweigering, identificatieplicht, melding ongebruikelijke transacties, doorvragen, adviseren en voorlichten wordt de criminaliteit in haar handelingen beperkt, zeker ook bij de overdrachten van vastgoed en in het vennootschapsrecht.

5.3.17. *Executoriale titel*

De notariële akte vormt bij op geld waardeerbare vorderingen, bij de afgifte van roerende zaken evenals bij de ontruiming van huizen, een executoriale titel.

5.3.18. *Notaris in loondienst, deeltijdnotaris*

Een notaris in Duitsland kan niet in loondienst zijn ambt uitoefenen, ook niet in loondienst van een andere notaris. Ook een benoeming in deeltijd is niet mogelijk. In principe is deeltijdwerken voor een notaris niet toegestaan. Assessoren wordt het wel toegestaan in deeltijd te werken in verband met een ouderschapsregeling.

Binnen één protocol kunnen niet meer notarissen werkzaam zijn. Als argument tegen loondienst wordt ook aangevoerd, de vereiste onafhankelijkheid van de notaris. Enkele andere landen achten dat geen onoverkomelijk probleem en hebben daar wel een oplossing voor gevonden, zo ook Nederland in het voorstel tot invoering van de toegevoegd notaris.

5.3.19. *Het Amtsnotariat*

Naast het *Nur-notariat* en het *Anwalt-notariat* kent Duitsland ook nog steeds het *Amtsnotariat*.⁵⁵⁹ Dat komt uitsluitend voor in het Land Baden-Württemberg. In Baden-Württemberg woont 13% van de Duitse bevolking en zijn er 630 *Amtsnotare* werkzaam. Vanuit een historische achtergrond kan nog worden onderscheiden tussen Baden en Württemberg. In Württemberg zijn naast de *Amtsnotare* ook *Nur-notare* en *Anwalt-notare* toegelaten. In Baden was dat niet het geval, hetgeen tot stagnerende notariële dienstverlening heeft geleid. Dikwijls zijn *Amtsnotare* daar niet tot dienstverlening in staat (door beperkte personele bezetting) of daartoe niet bereid. Deze situatie had al tot wetgevende maatregelen geleid, in die zin dat de BNotO was gewijzigd, zodanig dat ook *Nur-notare* zich in Baden mochten vestigen. Zo is al in 2005 een aantal van 25 standplaatsen extra alleen voor *Nur-notare* opgesteld.

Als nadeel van het *Amtsnotariat* werd ook genoemd dat het in de *Landeskasse* vloeien van de opbrengsten een verkapte wijze van belastingheffing vormt en aldus tot een onzuivere benadering van de tarieven voert. De kwaliteit van de

559 Deze tekst is deels ontleend aan Schmid/Pinkel, *Hanse Law Review* (HanseLR), Vol. 3, No. 1, p. 10.

dienstverlening van het *Amtsnotariat* steekt schril af met name tegenover het *Nur-notariat*. Tegen deze achtergrond is het niet vreemd dat de Dereguleringscommissie reeds in 1991 de afschaffing van het *Amtsnotariat* heeft aanbevolen.⁵⁶⁰

Inmiddels is de wetgeving ter zake zover dat de minister van Justitie van het Bondsland Baden-Württemberg, Dr. Goll, heeft meegedeeld dat op 1 januari 2018 de omwisseling van het *Amtsnotariat* naar het *Nur-notariat* moet zijn voltooid. De *Landtag* heeft op 28 juli 2010 de desbetreffende wet tot hervorming van notariaat en kadaster aangenomen. Als doel van deze operatie noemde de minister het streven naar een sterk functionerend notariaat. Ook nu worden nog wel assessoren geworven voor de nog bestaande *Amtsnotariate*, maar die functionarissen wordt in het vooruitzicht gesteld dat zij, na afloop van hun assessorschap, in aanmerking komen voor een benoeming tot *Nur-notar*.⁵⁶¹

5.3.20. Oudedagsvoorziening en goodwill

Voor *Nur-notare* bestaat er per Kamer een verplichte deelname in een notarieel pensioenfonds. Het bondsland Beieren heeft tezamen met een deel van de Pfalz één pensioenfonds, terwijl ook de nieuwe landen tezamen één fonds hebben.

Het is niet toegestaan van een opvolger goodwill te bedingen of te ontvangen. De opvolger betaalt voor inventaris, automatisering en eventueel het kantoorpand als beide het daarover eens worden.

Voor een *Anwalt-notar* ligt het toch anders, omdat hij vaak gelijk met zijn notariële praktijk ook zijn advocatuur overdraagt. In de advocatuur is het bedingen van goodwill niet verboden. Wat wordt dan waarvoor precies betaald? In ieder geval zal een goed lopende notarispraktijk de hoogte van de overnamesom beïnvloeden.

5.3.21. Algemeen

Duitsland kent een goed functionerend notariaat dat zich in een algemene maatschappelijke waardering kan verheugen. Bij discussies omtrent de toewijzing van monopolies in nieuwe rechtsfiguren, zoals bij fusies, splitsingen en omzettingen van rechtspersonen, is na enige discussie toch vaak weer besloten die werkzaamheden aan het notariaat toe te vertrouwen. Ook de jongere generatie notarissen wordt uit de beste juristen gerekruteerd. Het notarisambt is mogelijk meer dan in welk ander EU-land in sterke mate tegen de overheid aan georganiseerd. Er zijn veel parallele regelingen met de rechterlijke macht.

Delegatie van overheidsgezag en de uitoefening van overheidsprerogatieven lijkt in Duitsland voor de notaris wel heel sterk geïndiceerd. De Bondsregering en

560 *Deregulierungskommission* (Hrsg.), *Marktöffnung und Wettbewerb* (Poeschel, Stuttgart, 1991) 113 ff.

561 Mededelingenblad van het ministerie van Justitie in Baden-Württemberg.

het Duitse notariaat menen dan ook sterk te staan in de rechtsstrijd met de Europese Commissie over het overheidsgezag dat aan de notaris is verleend en daarmee over het al dan niet mogen handhaven van de nationaliteitseis voor notarissen.

5.4. Het notariaat in de Republiek Estland

5.4.1. *Tarieven voor notariële diensten*

De notariële tarieven zijn vastgesteld bij wet. Tarieven zijn vastgesteld voor alle ambtelijke activiteiten. Voor zover de werkzaamheden niet-wettelijke handelingen betreffen, kan er over het honorarium worden onderhandeld.

Het tariefsysteem kent zowel vaste, minimum- als maximumtarieven. Advies-tarieven komen niet voor. Tot dusverre zijn de tarieven sinds de invoering niet aangepast, maar de notariaten in de voormalige Oostbloklanden bestaan in hun huidige vorm en met hun huidige tarieven pas sinds de val van de muur.

Er is ook geen sprake van een rechtstreekse indexering.

De Estse notariële beroepsorganisatie is van mening dat het tariefsysteem voldoet, het is transparant en past het beste bij het notariaat, te meer doordat door het systeem van cross-subsidies de toegang tot de notariële diensten voor iedereen, ook voor minvermogenen, daarmee mogelijk is gemaakt.

5.4.2. *Toegang tot het ambt van notaris en numerus clausus*

Tot voor kort moest de notaris de Estse nationaliteit hebben,⁵⁶² inmiddels is die vestigingseis vervallen. De notaris moet bachelor in de juridische wetenschap zijn en het notariële aanvullende kandidatenexamen hebben gehaald. Verder moet hij in woord en geschrift de Estse taal beheersen. Hij moet eerlijk zijn en een hoge morele standaard hebben. Om tot de kandidatenopleiding te worden toegelaten, moet een examen worden afgelegd, terwijl ook het afsluitende examen met goed gevolg moet zijn afgelegd. Het betreft geen vergelijkend examen. De notariële stage die moet worden gevolgd voordat een benoeming mogelijk is, bedraagt twee jaar. Door de stapeling van opleidingen en stage is de minimumleeftijd om benoemd te kunnen worden feitelijk 23 jaar.

Ook Estland heeft een *numerus clausus* vastgesteld. De notaris wordt voor het leven benoemd. Nadat de notaris toch uit het ambt is getreden en met pensioen

⁵⁶² De Estse regering heeft op verzoek en onder druk van de Europese Commissie, in het kader van de opheffing van de nationaliteitsvereisten in de diverse EU-landen, deze eis als een van de weinige landen opgeheven ten aanzien van personen die een van de andere EU-nationaliteiten hebben. Andere landen die zo'n opheffing hebben toegezegd respectievelijk al hebben toegepast, zijn Italië, Spanje en aanvankelijk ook Nederland. Nederland hoort inmiddels in dat rijtje niet meer thuis.

is gegaan, kan hij een verzoek indienen om (weer) het ambt uit te oefenen als dat gewenst is om de notariële passeercapaciteit van akten op peil te houden. Daarvoor geldt een maximumperiode van tien jaar. De notaris wordt benoemd door de minister van Justitie.

5.4.3. *Exclusieve bevoegdheden van de notaris*

De Estse notaris heeft exclusieve werkzaamheden opgedragen gekregen, bijvoorbeeld ten aanzien van de certificatie van vastgoedtransacties, het regelen van erfopvolging en de certificatie van volmachten en andere documenten. Naast de genoemde exclusieve werkzaamheden verzorgt de notaris ook legalisaties van handtekeningen, voor-echt-erkenning van documenten en diverse notities in juridische aangelegenheden. De taak zit dus vooral in de certificerende sfeer en minder in het zelfstandig concipiëren en passeren van de desbetreffende akten.

Het notariële systeem heeft zich in Estland bewezen, hoewel het in de huidige vorm nog maar kort bestaat. Als wens tot aanpassing wordt opgemerkt dat een landregistratiesysteem gewenst is, terwijl ook de wettelijke regelingen op verscheidene vakgebieden verstevigd kunnen worden. Estland lijkt het notariaat goed geregeld te hebben, maar is toch zuinig geweest in het toekennen van exclusieve taken. Aan een notariaat dat inmiddels bewezen heeft goed te functioneren, zou meer verantwoordelijkheid mogen worden toevertrouwd.

5.4.4. *Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen*

Ook in Estland vormt de notaris een preventieve factor ter vermindering van de gang naar de rechter. Vooral door de functie als zodanig door middel van *Belehrung* en *Beratung*, de voorlichting aan klanten, de certificering van tal van stukken en op niet-exclusieve basis de zuivere vastlegging van de overeenkomsten in notariële akten. De rechtszekerheid in het rechtsverkeer wordt bevorderd door de tussenkomst van de notaris. Maar ook door mediation, het optreden als arbiter en bindend adviseur respectievelijk het doen van aanbevelingen ter oplossing van conflicten, wordt de gang naar de rechter verminderd. Het ligt in het voornemen van de regering om de rol van de notaris bij mediation, bemiddeling en de vreedzame oplossing van geschillen bij wet te versterken.

5.4.5. *Publiciteit door een notaris*

Het is de notaris niet toegestaan reclame te bedrijven, noch voor de persoon van de notaris, noch voor het notariskantoor. Het aan het publiek bekendmaken van naam, kantoortijden, adres en telefonische of internetbereikbaarheid is toegestaan.

Voor een goede rechtsbedeling is men tevreden met de huidige regeling. Gesteld wordt dat cliënten niet door reclameactiviteiten hun keuze moeten gaan

maken. Respondenten geven aan dat het niet zo is dat de notaris die de meeste reclame maakt ook voor de beste akten zorgt.

5.4.6. *Samenwerkingsverbanden van notarissen*

Twee of meer notarissen die in hetzelfde rechtsgebied benoemd zijn, mogen binnen één notariskantoor samenwerken. Zij moeten daartoe wel de voorafgaande toestemming van het bestuur van de Notariële Kamer hebben verkregen. Hoe zij een en ander onderling verder regelen, behoort in een overeenkomst tussen de notarissen te worden vastgelegd. Als notarissen samenwerken binnen één kantoor, dan blijft iedere notaris in eigen naam als zodanig optreden en is hij ook persoonlijk aansprakelijk voor zijn notariële activiteiten.

Samenwerking binnen één entiteit mag niet met andere vrije beroepsbeoefenaren, ook niet met advocaten. De Kamer ziet ook niet de toegevoegde waarde van een samenwerking met advocaten. Wel mag worden samengewerkt met een beëdigde vertaler⁵⁶³ en dat gebeurt ook.

5.4.7. *Rechtsvorm waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden*

Het notarisambt mag uitsluitend in persoon worden uitgeoefend, zoals gezegd weliswaar wel in een samenwerkingsverband, maar ook dan uitsluitend in een overeenkomst tussen natuurlijke personen, die benoemd zijn tot notaris. Een rechtspersoon kan geen notaris zijn, maar een natuurlijk persoon/notaris mag ook niet zijn notariële praktijk in het verband van een rechtspersoon uitoefenen. Dat betekent ook dat de notaris volledig persoonlijk verantwoordelijk is en dat hij zijn aansprakelijkheid niet, ook niet voor een deel, door middel van een vennootschap kan beperken.

5.4.8. *Notariële regelgeving in formele zin*

Het parlement, de regering van de republiek, de minister van Justitie, de algemene vergadering van de Kamer van notarissen en het bestuur van de Kamer van notarissen stellen de wetten, de regelingen respectievelijk de verordeningen vast, volgens welke het notarisambt uitgeoefend behoort te worden.

Voor de regelingen en verordeningen van de Kamer van notarissen is geen goedkeuring vereist van de regering, dus ook niet van de minister van Justitie. Wel kan de minister van Justitie zich tot de rechter wenden om door middel van

563 Daar waar de Estse taal een niet wijdverbreid gebied bestrijkt en weinig buitenlanders die taal machtig zullen zijn en er toch veel internationale contacten zijn, bestaat juist aan een beëdigde vertaler op een notariskantoor grote behoefte. Binnen de oudere generaties behoorde Engels niet en Russisch wel tot het gebruikelijke studiepakket op scholen.

een administratieve procedure zodanige regels of verordeningen onverbindend te laten verklaren. De nationale mededingingsautoriteit heeft geen invloed op de regelgeving voor het notariaat.

5.4.9. *Toezicht en tuchtrecht*

Ten aanzien van het tuchtrecht is een allesbepalende rol voor de minister van Justitie weggelegd. Deze minister kan toezichthouders op het notariaat aanstellen. Als zodanig kan ook de Kamer van notarissen worden aangewezen. Dat gebeurt ook, de minister kan het toezicht delegeren aan de Kamer voor individuele gevallen en kan instructies geven voor de wijze waarop het toezicht moet worden uitgeoefend. Ook kan de minister de voorschriften van de Kamer ten aanzien van het toezicht amenderen. Daarvoor is dus niet de gang naar de administratieve rechter nodig. Het toezicht betreft de professionele activiteiten van de notaris in relatie tot de naleving van de voorschriften. Onder het toezicht vallen ook de organisatie van de werkzaamheden op het notariskantoor, het bijhouden van de administratie van de desbetreffende ambtelijke werkzaamheden, het bewaren van akten en andere documenten, het elektronische proces van persoonlijke data binnen het notariskantoor. Ook het bestaan van de voorgeschreven aansluitingen op bepaalde registers via het computernetwerk van het notariskantoor, de uitvoering van de notariële activiteiten en het hebben van de vereiste aansprakelijkheidsverzekering vallen onder het toezicht. De inhoud van de akten wordt niet getoetst.

Het tuchtrecht is geregeld in de wet op het notarieel tuchtrecht. Mogelijke straffen zijn berisping, boete of ontzetting uit het ambt. Klanten die een klacht hebben, kunnen zich wenden tot de Kamer, het ministerie van Justitie of de rechter.

De notariële beroepsorganisatie is overwegend tevreden over het systeem van toezicht en tuchtrecht, met dien verstande dat er de voorkeur aan zou worden gegeven dat het toezicht meer dan tot dusver tot de competentie van de Kamer zou gaan behoren.

5.4.10. *Overkoepelende organisatie van notarissen*

Het notariaat is georganiseerd binnen de Kamer van notarissen. De Kamer is een publiekrechtelijke rechtspersoon. Alle notarissen zijn lid van de Kamer. De Kamer van Notarissen opereert volgens de regels vastgelegd in de Notariswet en de verdere regels vastgesteld door de algemene vergadering van de Kamer. De activiteiten van de Kamer omvatten onder meer:

- het vaststellen van verordeningen inzake een goede beroepsuitoefening;
- het monitoren of notarissen hun professionele activiteiten op een gewetensvolle en correcte wijze uitvoeren en of een en ander in overeenstemming is met de notariële ethiek en op een waardige manier handelen;
- het harmoniseren van het vakinhoudelijk handelen;

- het organiseren van opleidingen van notarissen en de personeelsleden van de notariskantoren;
- het verlenen van bijstand aan de minister van Justitie bij de toezichthoudende activiteiten;
- het ontwikkelen en beheren van een elektronisch informatiesysteem;
- het toezien op de uitvoering van de gerechtelijke beslissingen betreffende de ontheffing van de verplichting tot het betalen van een notarieel honorarium.

De controle op de naleving van de wettelijke voorschriften door de Kamer is bij het ministerie van Justitie gelegd. De minister heeft het recht om documenten bij de Kamer op te vragen en in te zien die nodig zijn om dat toezicht daadwerkelijk inhoud te kunnen geven.

De beroepsorganisatie behartigt ook de belangen van de notarissen.

Hoewel de Kamer niet rechtstreeks deel uitmaakt van de overheid, is zij in de opinie van de beroepsorganisatie door haar taak en haar publiekrechtelijke status geen ondernemersvereniging en valt daarmee, volgens haar inzicht, niet onder de mededingingsbepalingen.

Er is geen alternatieve, privaatrechtelijke overkoepelende organisatie van notarissen.

5.4.11. Aansprakelijkheid en verzekering

De notaris is persoonlijk aansprakelijk voor zijn beroepsfouten.

Hij is verplicht een beroepsaansprakelijkheidsverzekering af te sluiten bij een in Estland erkende verzekeringsmaatschappij. De polis moet dekking geven voor alle aansprakelijkheden van de notaris zoals die in de Notariswet zijn vermeld en moet behalve de naam van de notaris ook vermelden de namen van de personeelsleden van de notaris. Het minimumbedrag per verzekerde gebeurtenis moet ten minste een miljoen Estse kronen (circa € 64.000) bedragen, terwijl het totaal verzekerde bedrag per kalenderjaar voor meer aanspraken niet minder dan drie miljoen kronen (circa € 192.000) mag zijn. Het is gebruikelijk de verzekeringen voor hogere bedragen af te sluiten.

De notaris kan zijn aansprakelijkheid niet beperken door middel van een rechtspersoon of anderszins.

Een aansprakelijkstelling van de overheid voor fouten van het notariaat is niet voorgekomen.

Er bestaat ook geen notarieel fonds waaruit gedupeerden aanvullend schade-loos kunnen worden gesteld.

De verzekeraar heeft in geringe mate invloed op de regelgeving betreffende de beroepsuitoefening om daarmee de kans op aansprakelijkheid van de notaris te verminderen. Er zijn in Estland weinig beroepsaansprakelijkheidsverzekeraars, met als gevolg dat de tarieven aan de hoge kant zijn.

5.4.12. *Nascholing van notarissen*

Er is geen verplichte postacademische studie. Wel wordt nascholing aanbevolen en organiseert de Kamer van notarissen daarvoor regelmatig cursussen. Het wordt derhalve aan de verantwoordelijkheid van de notarissen overgelaten om die cursussen al dan niet te volgen. Die verantwoordelijkheid wordt serieus genomen, want er bestaat grote belangstelling voor de cursussen en lezingen. Probleem is wel, dat er onvoldoende docenten zijn om over de notarieel relevante onderwerpen voordrachten te verzorgen.

5.4.13. *Centrale registers*

Er zijn geen centrale registers onder beheer van de notariële Kamer. Het ligt in de bedoeling een nalatenschapregister bij de Kamer onder te brengen.

Er is geen aansluiting van enig landelijk openbaar register bij een internationaal netwerk. Het ligt wel in de bedoeling het centraal testamentenregister bij een Europees register aan te laten sluiten, zodra dat door meer landen wordt gepraktiseerd.⁵⁶⁴ Het wordt wenselijk geacht behalve het testamentenregister ook het huwelijksvoorwaardenregister in Europees verband te organiseren.

De openbare registers in Estland zijn allemaal van recente datum, zij zijn eigentijds georganiseerd en ingericht en functioneren goed.

5.4.14. *Lijdelijkheid en ministerieplicht van de notaris en full service*

Met name bij attestaties⁵⁶⁵ is de rol van de notaris niet lijdelijk, evenmin bij het afwikkelen van nalatenschappen. Overigens is men tevreden met de rol van de notaris in dit opzicht en wordt het gewenst geacht dat de notaris een actief adviseur is.

De notaris heeft een ambtsplicht. De plicht om de notariële dienst te weigeren staat ook met zoveel woorden in de wet omschreven. Verplichte dienstweigering komt bijvoorbeeld voor bij strijdigheid met wet- of andere regelgeving, of met openbare of goede zeden, als er sprake is van oneerlijkheid, als een partij niet rechtsgeldig vertegenwoordigd wordt respectievelijk niet bestaat of niet in staat is zijn wil te verklaren.

De notaris mag zich niet specialiseren, maar is verplicht alle gebruikelijke notariële diensten aan te bieden (full service). Die eis geldt voor iedere notaris persoonlijk.

⁵⁶⁴ De organisatie van de 21 EU-landen met een Latijns notariaat binnen de *Conseil des Notaires de l'Union Européenne*, de CNUe, heeft een initiatief ontwikkeld voor een centraal EU-testamentenregister.

⁵⁶⁵ Getuigschrift of attest.

5.4.15. *Plaats van vestiging, standplaats*

De notaris wordt benoemd in de territoriale jurisdictie waarin hij zijn notariële praktijk wenst te voeren. Binnen die bestuurlijke entiteit moet hij⁵⁶⁶ kantoor houden. Heel nadrukkelijk is het kantoor van de notaris de plaats waar de ambts-handelingen plaatsvinden. De akten worden in het kantoor gepasseerd.

Buiten kantoor mag op verzoek van de cliënt de akte worden getekend, binnen zijn standplaats, ter plekke waar de cliënt dat graag wil, mits met toestemming van het bestuur van de Kamer van notarissen. Voor het geval uitstel niet verantwoord is, kan er onmiddellijk worden gepasseerd op de gewenste plek, buiten kantoor en mag het bestuur van de Kamer achteraf worden geïnformeerd.

Een Estse notaris mag geen akten passeren in het buitenland.

Buiten de standplaats mogen overigens wel akten worden gepasseerd, weer mits met toestemming van het bestuur van de Kamer.

Op verzoek van de notaris kan de minister van Justitie aan de notaris toestemming verlenen om binnen de grenzen van zijn standplaats meer kantoorvestigingen te hebben.

5.4.16. *Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding*

De notaris is gehouden te zwijgen over al hetgeen hem in zijn ambt van notaris wordt toevertrouwd. Dit ambtsgeheim duurt voort als hij zich uit zijn ambt heeft teuggetrokken en strekt zich ook uit tot zijn personeelsleden, alsmede tot eventuele andere personen die toegang hebben tot die informatie. De vertrouwelijke informatie waartoe ook de inhoud van de akten behoort, mag uitsluitend ter beschikking worden gesteld aan partijen of hun vertegenwoordigers.

Op verzoek/bevel van de rechter wordt het ambtsgeheim opgeheven en moet de notaris spreken, ondanks zijn ambtsgeheim. Dat kan het geval zijn in straf-, civiel- en administratiefrechtelijke zaken. Op bevel van de rechter is het ambtsgeheim ook niet geldend ten opzichte van onderzoeksinstanties, zoals het openbaar ministerie, de fiscus en toezichthouders.

Op 28 januari 2008 is de wet in werking getreden die witwassen en financiering van terrorisme bestrijdt. De notaris moet de desbetreffende financiële onderzoeksinstantie informeren in geval van verdachte transacties en als een contante betaling het bedrag van 500.000 Estse kronen te boven gaat (circa € 32.000).

Met name door deze meldingsplicht, maar ook door de inschakeling van de notaris bij vastgoedakten, vennootschapsakten en aandelenoverdrachten, vervult de notaris een poortwachtersfunctie en draagt hij bij aan de bestrijding van fraude

566 Overall waar telkens maar weer over hij of zijn gesproken wordt, wordt daarmee ook zij of haar bedoeld, dat is zeker voor Estland van belang, omdat daar het merendeel van de notarissen vrouwelijk is.

en criminaliteit. Mede om die reden heeft de notaris in deze vrij recente wetgeving de wettelijke taak gekregen zoals hij deze thans vervult. Toch komen meldingen uit hoofde van witwas- c.q. terrorismebestrijdingswetgeving relatief weinig voor. Cijfers daaromtrent zijn niet voorhanden.

Een gering aantal meldingen uit hoofde van jonge wetgeving komt vaker voor en is niet exclusief voor Estland, vanwege een nog relatieve onbekendheid van de meldingsplichtigen met de regeling en mogelijk vanwege een gering toezicht op het voldoen aan de meldingsplicht.

5.4.17. Executoriale titel

De notariële akte heeft ook in Estland een executoriale titel.

5.4.18. Notaris in loondienst, deeltijdnotaris

Het is de notaris niet toegestaan andere betaalde functies te hebben, anders dan als docent of onderzoeker of als (partijdig) adviseur in civielrechtelijke zaken die niet zijn gerelateerd aan een notariële akte van dezelfde notaris.

Een notaris kan niet in deeltijd worden benoemd, een notariskantoor moet ten minste vijf uur per (werk)dag geopend zijn.

Er kunnen niet, zoals bijvoorbeeld in Frankrijk, in een rechtspersoonnotaris, meer notarissen binnen één protocol werkzaam zijn.

5.4.19. Oudedagsvoorziening en goodwill

Er bestaat geen collectieve pensioenregeling voor notarissen. Ook is het de defungerende notaris niet toegestaan om goodwill van zijn opvolger te bedingen. Wel kan hij zijn kantooractiva, zoals kantoorpand, inventaris en automatisering, aan zijn opvolger verkopen. De prijs zal in onderhandeling worden vastgesteld.

5.4.20. Algemeen

Men is in Estland tevreden met de relatief jonge wetgeving op het notarisambt, het notariaat staat niet ter discussie. Het Estse notariaat is geïnteresseerd in de ontwikkelingen binnen andere EU-notariaten en ziet met belangstelling de onderhavige verslaglegging tegemoet.

5.5. Het notariaat in de Franse Republiek

5.5.1. *Tarieven voor notariële diensten*

Ook Frankrijk kent een tariefregeling voor het notariaat. In principe vallen alle gemonopoliseerde notariële werkzaamheden daaronder. Het ondernemings- en rechtspersonenrecht behoren niet exclusief tot het ambtsgebied van de notaris en zijn ook niet uniform getarifeerd. De tariefregeling voor notarissen betreft een systeem van overwegend vaste tarieven in procenten van de waarde van bijvoorbeeld het over te dragen vastgoed. Het door de notaris in rekening te brengen bedrag aan kosten bedraagt meestal 6 à 7% van de waarde van het desbetreffende belang, zoals gemeld in de akte. Daarin zit 5,09% overdrachtsbelasting, terwijl het honorarium van de notaris voor circa 0,825% in die kosten is begrepen. Bij geringe belangen is het percentage notariskosten hoger (maar het bedrag per saldo dan toch lager). Het minimum bij deze procentuele berekening van het notariële tarief is € 65. Er is geen maximum aan het procentuele tarief gesteld. Adviestarieven zijn er niet.

Bij een verklaring van erfrecht bestaat een minimum tarief van € 22,50. Advisering is veelal gratis, zeker het eerste halfuur. Neemt de advisering (veel) meer tijd in beslag, dan zal vaak een uurtarief worden gehanteerd, maar dat behoort dan wel tevoren te worden aangegeven. De tariefregeling is van toepassing op alle transacties met betrekking tot vastgoed, familierecht, schenkingen, nalatenschappen, huwelijksvoorwaarden en testamenten.⁵⁶⁷

De tarieven worden bij Decreet vastgesteld door de ministeries van Justitie en Economische Zaken gezamenlijk. De tariefregeling is niet aan een termijn gebonden. De huidige tarieven dateren van 1978 en zijn niet geïndexeerd. Wel zijn in 2007 onder grote politieke druk enige wijzigingen doorgevoerd. Zo zijn de hypotheekakte en het royementstarief gehalveerd tot nu 0,275% van de hoogte van de desbetreffende (door te halen) hypothecaire inschrijving. Daarnaast is het tarief van schenkingsakten verhoogd naar 1,25% van het desbetreffende belang, althans voor zover de schenking vastgoed betreft.

⁵⁶⁷ Opmerkelijk is dat er in Frankrijk vrijwel geen notariële testamenten worden opgemaakt. Desgevraagd geeft dat in Frankrijk niet, zoals wel in bijvoorbeeld België, aanleiding tot veel gerechtelijke procedures omtrent uitleg van de bedoeling van erflater. Dat komt doordat in Frankrijk de onderhandse testamenten wel op basis van aanwijzingen en vaak aan de hand van een model van de notaris worden opgemaakt. Die werkwijze is weer te vergelijken met de gang van zaken in Nederland waar wel heel veel testamenten worden opgemaakt door de notaris, maar het onderhandse testament, het codicil voor een beperkt aantal veelal minder belangrijke zaken is toegestaan en waar de notaris een voorbeeld en instructies meegeeft, over hoe het codicil op te maken en waarbij de notaris het ten slotte nog controleert en dan bij voorkeur bewaart bij het meestal ook aanwezige notariële testament (ADP).

De respondent geeft aan dat het tariefsysteem verduidelijkt en vereenvoudigd zou kunnen/moeten worden, maar dat overigens het niveau van de tarieven en het cross-subsidiëringselement in het algemeen adequaat bevonden wordt.

Het vennootschaps- en ondernemingsrecht vallen niet onder de exclusieve taken van de Franse notaris en is ook niet getarifeerd.⁵⁶⁸ Gebruikelijk kan de notaris met uurtarieven open de concurrentie aan met bijvoorbeeld de advocatuur. De combinatie van geen exclusieve taak en wel vaste tarieven, zou een heel moeilijke zijn. Het lijkt derhalve heel verstandig deze sector niet getarifeerd te hebben. Als de Franse notaris zich moet meten met andere professionals, dan toch bij voorkeur met dezelfde instrumenten en niet met één hand, tariefmatig, op de rug gebonden.

5.5.2. *Toegang tot het ambt van notaris en numerus clausus*

Na het baccalaureaat, dat de toegang tot de universiteit geeft, is er een vijfjarige academische opleiding aan de juridische faculteit vereist. De academische studie krijgt een vervolg in een aanvullende tweejarige speciale notariële opleiding, eveneens aan de universiteit.

Tijdens de tweejarige periode moet ook een stage van twee dagen per week worden gelopen, af te sluiten met een scriptie en een eindexamen. Wordt dat allemaal voldoende bevonden, dan is men *notaire-assistent*. De stage-eis is formeel beperkt tot de gemelde twee jaar, maar in de praktijk wordt er geen notaris benoemd voordat hij vijf jaar ervaring (inclusief de verplichte twee jaar) op een notariskantoor heeft opgedaan.

Voor zij-instromers in het notariaat, bijvoorbeeld vanuit de rechterlijke macht, is er een vergelijkend toegangsexamen.

Wil men tot notaris benoemd worden, dan wordt de sollicitant door de Kamer onder meer beoordeeld op moraliteit, onbesproken gedrag en de mogelijkheden van financiering van de over te nemen activa (waaronder goodwill). Het verslag van de Kamer wordt naar de rechtbank gestuurd, waaronder de desbetreffende plaats van vestiging ressorteert. De procureur bij de rechtbank beoordeelt het rapport en zendt het vervolgens door naar het ministerie van Justitie, waar de benoeming verder wordt voorbereid en in een Decreet wordt vastgelegd.

Voor een benoeming tot notaris geldt formeel geen minimumleeftijd, maar door stapeling van opleidingen en stage-eis is dat toch minimaal 25 jaar. Ook bestaat er geen maximumleeftijd, behalve in Elzas-Lotharingen; daar is de uiterste leeftijd waarop men nog notaris kan zijn, bepaald op 70 jaar.⁵⁶⁹

⁵⁶⁸ Dat zou ook een effectieve concurrentie met andere professionals, veelal advocaten, extra bemoeilijken. Vergelijk ook de vrije tarieven in het vastgoed in Oostenrijk, waar eveneens geen monopolie voor dat niet getarifeerde praktijkdeel is verleend (ADP).

⁵⁶⁹ Elzas-Lotharingen (Alsace-Lorraine) heeft van 1871 tot 1918 bij Duitsland behoord. Uit die tijd stammen een aantal afwijkende wettelijke regelingen, zo kent het notariaat een andere opleiding en wordt er geen goodwill betaald bij opvolging.

Ook in Frankrijk bestaat een *numerus clausus* ten aanzien van het aantal notarissen. In 2009 is dat aantal circa 9000.⁵⁷⁰ Het ligt in de bedoeling van de regering om het aantal binnen drie à vier jaar (na 2009) uit te breiden naar ongeveer 12.000. Er is een commissie bestaande uit ambtenaren en notarissen die het ministerie van Justitie adviseert omtrent toevoeging of opheffing van een standplaats. In beginsel wordt er éénmaal per jaar besloten omtrent het aantal standplaatsen. De *numerus clausus* is in Frankrijk dus wel dynamisch.

Toegang tot een nieuwe standplaats bestaat uit de gebruikelijke sollicitatie-procedure waaraan iedere *notaire-assistent* kan meedoen. Er moet ook een vergelijkend examen worden afgelegd. De besten hebben de eerste keuze uit de standplaatsen. Een keuze die zij wel van tevoren al hebben moeten aangeven. Het vergelijkende examen kan éénmaal per jaar worden afgelegd.

Tussen het besluit van de minister om een nieuwe standplaats te openen en de benoeming van een notaris op zo'n standplaats ligt twee à drie jaar.

5.5.3. Exclusieve bevoegdheden van de notaris

Taken die exclusief aan het notariaat zijn opgedragen, betreffen alle akten die gerelateerd zijn aan de inschrijving in het kadaster, zoals koop/overdracht, schenking vastgoed en hypotheek en verder het opstellen van huwelijksvoorwaarden. Het hele ondernemingsrechtspersonenrecht wordt wel door het notariaat verzorgd, maar in concurrentie met andere beroepsgroepen, zoals advocaten en accountants en zelfs door de burgers zelf, die dat doen aan de hand van modellen. Modellen die dan vervolgens volledig verkeerd worden ingevuld/toegepast, waardoor veel rechtsonzekerheid het gevolg is, vennootschappen die toch niet blijken te bestaan of aandelen die niet zijn overgedragen, bijvoorbeeld vanwege vormverzuim.

Ten gevolge van de kredietcrisis en de daaropvolgende recessie is in 2009 de notariële omzet in nieuwbouw vastgoed met 40% en in de bestaande bouw met 20% teruggelopen. De laatste tien jaren is er geen verschuiving in exclusieve taken geweest, noch erbij, noch eraf.

Verder houdt de notaris zich ook veel bezig met het adviseren in juridische aangelegenheden.

De respondent zou in ieder geval voorstander zijn van het exclusief aan het notariaat toevertrouwen van de oprichting en de overdracht van aandelen in de *Société Civile Immobilière* (SCI). Veel vastgoed wordt immers aangekocht en weer verkocht in de vorm van een overdracht van aandelen in zo'n vennootschap. In feite betreft het dan een verkapte overdracht van vastgoed. Alle zekerheden die voor de wetgever zo belangrijk waren ten aanzien van de eigendom van het

⁵⁷⁰ In dat aantal zijn niet begrepen de *notaires salarié*. Standplaatsen kunnen worden toegewezen aan natuurlijke personen, maar ook aan een *Société Civile Professionnelle*. Binnen een SCP kunnen meer personen als notaris werkzaam zijn. De SCP geldt evenwel als één standplaats.

vastgoed, staan op die manier stevig op de tocht. Dit is een oneigenlijk gebruik/misbruik van de vastgoedvennootschap met ongewenste gevolgen. Zeker aan de Franse zuidkust, met veel buitenlandse investeerders, zou er meer notariële rechtszekerheid en een grotere poortwachtersfunctie van de notaris gewenst zijn en zou de SCI via de notaris moeten gaan. Het gehele arsenaal van rechtszekerheidsinstrumenten en meldingsplichten zou dan onverkort ook van toepassing zijn op vastgoedoverdrachten door middel van de desbetreffende vennootschap.⁵⁷¹

5.5.4. *Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen*

De tussenkomst van de notaris vermindert de kans op geschillen waarin door de rechter moet worden beslist. Naast de klassieke taak van de notaris is het vooral de mediation en pseudo-mediation waar de notaris met name in geval van echtscheiding en bij de afwikkeling van nalatenschappen een oplossing helpt bereiken. Zowel de cliënt als de Staat is daarmee goedkoper uit.

De adviserende rol van de notaris bij het opmaken van onderhandse testamenten door de testateurs zelf, voorkomt eveneens een groot aantal civiele rechtsgedingen.⁵⁷²

5.5.5. *Publiciteit door een notaris*

De individuele notaris is niet gerechtigd reclame te bedrijven. De overkoepelende beroepsorganisatie de *Conseil Supérieur du Notariat* verzorgt de gehele voorlichting en publiciteit voor de beroepsgroep. Daarmee zijn alle notarissen gediend en vooral ook, door de voorlichting, de samenleving, die beter wordt geïnformeerd.

De notaris voert aan zijn kantoorpand een bescheiden naams- en beroepsaanduiding, het laatste door middel van de ovale goudkleurige plaat die Vrouwe Justitia uitbeeldt en verder een niet te groot, meestal koperkleurig naambord. Verder is (ook weer bescheiden) vermelding in de gouden- en de telefoongids toegestaan.

Een keuze voor diegene die de beste reclame voert, hoeft zeker niet de beste keuze te zijn.

571 De registratie van de desbetreffende vennootschappen gebeurt wel heel nauwkeurig en streng. Dat is geen lijdelijke inboekingsformaliteit, hetgeen de opstellers van de desbetreffende contracten dwingt tot zorgvuldig werk. Dit zijn volgens mij kennelijk communicerende vaten: valt de ene controle, veiligheid (de notaris), weg, dan is er versterkte behoefte aan een actievere en oplettender inschrijving. Het ene instituut vervangt het andere, maar enig instituut dat die taak vervult, zal altijd nodig zijn.

572 Evenals in Nederland het aantal rechtsgedingen naar aanleiding van destijds de onderhandse aandelenoverdrachten, met de invoering van de verplicht notariële aandelenoverdracht tot vrijwel nihil is teruggebracht, zou daar ook voor de Franse notaris een dankbare taak liggen. Bovendien geeft de registratie van de notariële akte de overheid zicht in aandelenverhoudingen. De overheid kan en zal die gegevens gebruiken ten dienste van de fraudebestrijding en de correcte belastingheffing.

5.5.6. *Samenwerkingsverbanden van notarissen*

Het is de notaris toegestaan om met andere notarissen in één kantoor samen te werken. Er bestaat daarbij geen beperking in aantallen notarissen. In Frankrijk werken er van de in totaal circa 9000 notarissen, ongeveer 700 solitair. Alle andere notarissen werken in associatief verband. Associatie mag ook met notarissen in andere standplaatsen. De bestaande regeling werkt naar tevredenheid.

Associatie met andere vrije beroepsbeoefenaren, zoals bijvoorbeeld advocaten, is niet toegestaan. President Sarkozy van de Franse Republiek heeft een onderzoek laten instellen door Maître Darrois. Deze heeft bij het in maart 2009 (onder zijn naam) uitgekomen rapport geadviseerd om samenwerking van advocaten en notarissen toe te staan en dan tevens toe te staan dat zij over en weer elkaars taken mogen uitoefenen. De verwachting is dat deze voorstellen niet door middel van nieuwe wetgeving gerealiseerd zullen worden. De voorstellen geven binnen en buiten Frankrijk aanzienlijk stof voor discussie.

Het notariële vakgebied is relatief beperkt. Ook zonder verdere specialisatie mogen alle notarissen geacht worden de gebruikelijke aan hen toevertrouwde diensten, rechtszeker te kunnen vervullen. Het is, volgens de respondent, de vraag of bijvoorbeeld advocaten met een veel breder rechtsgebied als werkterrein en minder deontologische codes dezelfde rechtszekerheid kunnen garanderen.

5.5.7. *Rechtsvorm waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden*

Een notariskantoor kan zowel binnen als buiten een rechtspersoon worden uitgeoefend. De rechtsvorm die daarvoor wordt gebruikt is de *Société Civile Professionnelle* (SCP). De meeste notarissen die samenwerken, doen dat binnen de SCP. De voorkeur wordt vaak aan de SCP gegeven omdat die rechtspersoon fiscaal transparant is.

Een andere, ook wel door notarissen gebruikte rechtspersoon is de *Société d'Exercice Liberal* (SEL). Deze vennootschap is niet fiscaal transparant.

Welke rechtspersoon de notaris ook gebruikt, zijn aansprakelijkheid wordt er niet door beperkt.

Het is opvallend hoe bijvoorbeeld twee grote Europese landen als Frankrijk en Duitsland hun Latijns gereguleerde notariaten op dit onderdeel toch zo principieel anders hebben ingericht. Zo ook waar de Duitse notaris zijn ambt niet binnen een rechtspersoon mag uitoefenen.

5.5.8. Notariële regelgeving in formele zin

Het Franse notariaat is geregeld in de *Loi Contenant organisation du notariat de 25 Ventôse An XI*.⁵⁷³ De Ventôsewet geldt in Frankrijk nog steeds, al is de wet meer-malen gewijzigd. De laatste ingrijpende wijziging dateert van 1945.

Behalve in de Ventôsewet zijn de regels voor het notarisambt te vinden in de Adviezen van de *Conseil Supérieur du Notariat* (CSN).⁵⁷⁴ De Adviezen van de CSN verkrijgen pas rechtskracht als het ministerie van Justitie er haar goedkeuring aan heeft gegeven. De mededingingsautoriteit in Frankrijk heeft geen invloed op de totstandkoming of wijziging van de notariële regelgeving.

5.5.9. Toezicht en tuchtrecht

Het toezicht op de notarissen vindt jaarlijks plaats. Iedere notaris wordt jaarlijks bezocht door een accountant en door een notaris. De accountant komt onaangekondigd en vraagt per onmiddellijk de boeken ter inzage. De financiële stukken moeten dan bij zijn tot op die dag. Enige maanden na het bezoek van de accountant komt er een notaris uit een ander departement op bezoek, na wel daarvoor een afspraak te hebben gemaakt. De bezoekende notaris gaat de notariële akten op juridische kwaliteit beoordelen. Hij vraagt daartoe, bij wijze van steekproef, een twintigtal akten op. De akten zijn van verschillende soort, een zo representatief mogelijke samenstelling voor het gebruikelijke notariële takenpakket. De externe, controlerende accountant en de visiterende notaris stellen gezamenlijk een rapport op. Dat rapport wordt verzonden aan de *Chambre des Notaires* van het desbetreffende departement en naar de procureur⁵⁷⁵ bij de desbetreffende rechtbank.

Het tuchtrecht wordt voor de lichtere vergrijpen door de Kamer van het desbetreffende departement uitgeoefend.⁵⁷⁶ De strafmogelijkheid bij de Kamer is beperkt tot een waarschuwing. Voor de zwaardere vergrijpen is de rechtbank de aangewezen instantie in eerste termijn en in hoger beroep het *Cour d'Appel*, met cassatiemogelijkheid bij de *Cour de Cassation*. De gang naar de rechter loopt via de procureur. De strafmogelijkheden bij de rechter zijn onder meer schorsing, ontzetting en gevangenisstraf tot maximaal vijftien jaar voor bijvoorbeeld valselijk opgemaakte akten. Boetes behoren niet tot de mogelijke strafmaatregelen. Het publiek kan zijn klachten deponeren bij de Kamer of de procureur. De keuze ligt bij de klager. De Kamer onderzoekt en leidt de klacht, indien gegrond bevonden,

573 De Loi Ventôse is van het jaar XI dat is in onze jaartelling 16 maart 1803 geweest. Ventôse was de zesde maand van de republikeinse kalender en liep van 19 februari tot 20 maart. Ventôse wordt ook genoemd de windmaand.

574 De CSN wordt hierna verder besproken.

575 De procureur is de verantwoordelijke magistraat voor de notarissen, binnen dat desbetreffende ressort en vertegenwoordigt in die functie de minister van Justitie.

576 In dat college zitten uitsluitend notarissen.

eventueel door of behandelt zelf. De regeling werkt goed. De waarschuwing komt in het algemeen niet zo hard aan, maar bij de fouten die met opzet en frauduleus zijn gemaakt, kan de straf heel fors zijn.

Het geschetste toezichtssysteem kan zeker als voorbeeld dienen voor andere notariaten.

5.5.10. Overkoepelende organisatie van notarissen

Het notariaat is georganiseerd in de CSN op nationaal niveau en is stijlvol gehuisvest in Parijs, aan de fraaie Boulevard La Tour Maubourg.

Het niveau onder de CSN is georganiseerd in 33 regio's, de *Conseils Regionaux des Notaires* (CRN) en daar weer onder, departementaal in tachtig *Chambres des Notaires*. De *Chambres* leiden een zeer actief bestaan en onderhouden ook tal van externe contacten.

De CSN is een publiekrechtelijk instituut.⁵⁷⁷ De CSN vertegenwoordigt het notariaat bij de regering en het parlement, zij is de spreekbuis en het boegbeeld van het notariaat. Onder de CSN functioneert een aantal instituten, bijvoorbeeld inzake het agrarisch recht, het vastgoedrecht en het desbetreffende ondernemings- en rechtspersonenrecht. Ook het Wetenschappelijk Bureau van de CSN, de Cridon⁵⁷⁸ is prestigieus. Bij de Cridon zijn honderden personen werkzaam. De genoemde instituten verzorgen opleidingen en staan de notarissen ook anderszins bij.

De jaarlijkse notariële congressen zijn altijd weer hoogstandjes en worden beurtelings in verschillende delen van het land georganiseerd en mogen zich verheugen in een grote belangstelling van zowel (top)functionarissen uit Frankrijk als uit het buitenland. De Franse minister van Justitie houdt er ieder jaar een belangwekkende rede.

De CSN treedt op als belangenbehartiger van het notariaat in zijn geheel, zorgt voor de beeldvorming, de voorlichting, enzovoort. Door haar taak, maar ook door de karakteristiek van het ambt van haar leden, is deze organisatie, volgens de respondent, niet aan te merken als een ondernemersvereniging, in de zin van de mededingingsbepalingen.

Naast de CSN en haar dochterinstituten en onderafdelingen kent het Franse notariaat ook een *Mouvement Jeune Notariat* (MJN) dat gevestigd is in Parijs. Ook het MJN organiseert aansprekende congressen met wat meer kritische geluiden dan binnen de CSN gebruikelijk is. Het notariaat is op de geschetste wijze goed georganiseerd en goed op haar taak berekend.

⁵⁷⁷ Ingesteld bij verordening van 2 november 1945.

⁵⁷⁸ Te vergelijken met het (veel kleinere) Nederlandse juridische bureau verbonden aan de KNB en het Duitse *Notar Institut* in Würzburg.

5.5.11. *Aansprakelijkheid en verzekering*

De notaris is aansprakelijk voor de fouten die hij in zijn beroepsuitoefening zou maken. Die aansprakelijkheid kan niet door middel van een rechtspersoon of via contractuele bepaling worden uitgesloten of beperkt.

Iedere notaris is verplicht zich persoonlijk tegen beroepsaansprakelijkheid te verzekeren. Die verzekering wordt afgesloten via de CSN. Boven het aldus verzekerde bedrag worden de gedupeerde cliënten schadeloos gesteld door alle Franse notarissen tezamen. Mede daarom hechten de notarissen zo zeer aan een goede kwaliteit van alle notarissen. De jaarlijkse controle van zowel de financiële als juridische kwaliteit zal daar alles mee te maken hebben. Duidelijk wanpresteren van een notaris zal in het Franse systeem eerder aan het licht komen dan in veel andere notariaten, met alle positieve gevolgen voor het zuiver en goed houden van het notariaat van dien en ten nutte van de samenleving als geheel.

De overheid is niet aansprakelijk voor de fouten van de notarissen, door het omslagstelsel is dat ook niet aan de orde.

5.5.12. *Nascholing van notarissen*

Het is voor de notarissen, maar ook voor alle notariële medewerkers, verplicht om regelmatig cursussen te volgen. Jaarlijks moet aangetoond worden dat aan die verplichting is voldaan. Het niet-nakomen kan tot tuchtrechtelijke maatregelen leiden, maar dat komt niet veel voor. Daar zit ook de kritiek op het systeem: het zou strenger en dwingender moeten worden gereguleerd, zodat ook daadwerkelijk iedereen zijn studieverplichting nakomt.

5.5.13. *Centrale registers*

De CSN voert het beheer over het landelijk centrale testamentenregister. Overige registers ressorteren niet onder het notariaat.

De huwelijksvoorwaarden worden ingeschreven bij de huwelijksakte. Die gegevens krijgen hun ingang via de geboorteakte, waarin ook vermeld staat met wie iemand gehuwd is en waar het huwelijk is voltrokken.

Met het Belgische notariaat is in het begin van deze eeuw een uitwisseling van de gegevens van de testamentenregisters tot stand gekomen. Een samenwerking die Europese uitbreiding verdient. Individuele landen kunnen hiertoe initiatief tonen. Frankrijk en België hebben zich bereid verklaard ook andere landen in de uitwisseling op te nemen. In een steeds meer internationaliserende samenleving

is een goed inzicht en toegankelijkheid tot al dan niet aanwezige testamenten steeds sterker geïndiceerd.⁵⁷⁹

5.5.14. *Lijdelijkheid, ministerieplicht en full service*

De notaris is in principe wel lijdelijk, in die zin dat hij binnen de grenzen van de wet de bedoelingen van partijen op schrift stelt. Via *Belehrung* en *Beratung* zal hij echter zijn cliënten uitgebreid informeren omtrent de voor- en nadelen van hun plannen. In die zin wordt de lijdelijkheid ook in Frankrijk steeds relatiever.

De notaris is verplicht de hem wettelijk opgedragen taken ook daadwerkelijk te vervullen: hij heeft ministerieplicht. De notaris heeft in principe een full service verplichting. Hij behoort alle gebruikelijke notariële akten aan te (kunnen) bieden en ook daadwerkelijk die diensten te verlenen als daarom gevraagd wordt. De overdracht van een vliegtuig bijvoorbeeld is geen gebruikelijke notariële dienst en zal derhalve niet van iedere notaris gevraagd mogen/kunnen worden.

In de notarissenassociaties is het wel gebruikelijk te specialiseren. Ook de geassocieerde notarissen moeten wel alles in redelijke mate beheersen, maar men werkt toch met voorkeursgebieden. Er bestaan ook notariskantoren met een heel duidelijke specialisatie die over het hele land met elkaar contact hebben en kennis uitwisselen; dat betreft dan bijvoorbeeld de specialisatie hotel-, wijngaarden- of farmacieoverdrachten. De notaris mag wel doorverwijzen naar een collega als de klant daarmee beter is gediend. Doel is dat iedereen het beste notariële product krijgt. Omdat het grootste deel van het notariële vakgebied door iedere notaris goed beheerst wordt, zal de doorverwijzing beperkt zijn.

De notaris moet zijn dienst weigeren als deze in strijd is met wet of andere dwingende regelgeving, de gevraagde dienst in strijd is met de goede zeden of wanneer er sprake is van witwassen of anderszins frauduleus handelen. In die zin is de notaris een goede poortwachter en vermindert hij het aantal criminele handelingen.

5.5.15. *Plaats van vestiging, standplaats*

De notaris wordt benoemd op een vaste plaats van vestiging. Hij is verplicht binnen die standplaats kantoor te houden. In principe zal hij zijn akten op kantoor passeren, maar hij is bevoegd om zonder enige beperking in geheel Frankrijk akten te passeren. De notaris mag echter niet ook elders kantoor houden. Met name Parijs

579 Het gehoorde argument dat het buitenlandse erfrecht niet bij notarissen uit andere landen bekend is en dat er daarom voor notarissen geen inzicht zou hoeven zijn in de testamentenregisters van andere landen, komt zwak over. Het lijkt toch de voorkeur te verdienen om een testament wel te kennen en dan om uitleg (opinie) te vragen bij notarissen uit dat land dan wel een instituut in eigen land waar die kennis van het desbetreffende erfrecht wel aanwezig is.

is een stad waar notarissen uit het gehele land van tijd tot tijd akten passeren. De burelen van de CSN worden ook gebruikt om akten te passeren.

5.5.16. Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding

De notaris heeft een ambtsgeheim en een verschoningsrecht. Het ambtsgeheim geldt in Frankrijk vrijwel absoluut en is ook te handhaven jegens de toezichthoudende instantie, de belastingdienst en het openbaar ministerie. Dat moet volgens de respondent zeker zo blijven.

Ten aanzien van de bestrijding van witwassen en terrorismefinanciering is de notaris wel verplicht te melden, ingevolge de ook in Frankrijk geïmplementeerde Europese richtlijn. Door de rol van de notaris bij de bestrijding van het witwassen en de terrorismebestrijding treedt de notaris op als poortwachter en verleent hij bijstand in de bestrijding van de criminaliteit. Dat speelt in Frankrijk vooral een rol aan de zuidkust, een gewilde bestemming voor de verkeerde geldstromen.

5.5.17. Executoriale titel

De notariële akte heeft ook in Frankrijk een executoriale titel.

5.5.18. Notaris in loondienst, deeltijdnotaris

De Franse wet kent het *notariat salarié*. Dat is een notaris in loondienst. Deze notaris wordt eveneens benoemd door de minister van Justitie, maar hij krijgt een salaris van een andere notaris. Omdat hij niet een notariaat voor eigen rekening en risico voert, hoeft hij ook geen goodwill te betalen bij benoeming op die standplaats. Het blijkt vooral voor jonge mensen een aantrekkelijke route te zijn. Deze vorm is kennelijk ook aantrekkelijk, vaak op wat meer structurele basis, voor vrouwelijke notarissen. De *notaire salarié* wordt benoemd in de SCP of bij de solitaire notaris persoonlijk. Er is sprake van één protocol. Notaris en notaris in loondienst passeren hun akten in één protocol; zij kunnen ook gelijktijdig akten passeren. De notaris in loondienst kan ontslagen worden. Bij ontslag houdt hij op notaris te zijn.

Het notariskantoor is verplicht ten minste één dag per week gesloten te zijn. Verplichte openingstijden zijn niet voorgeschreven.

5.5.19. Oudedagsvoorziening en goodwill

Er bestaat een collectieve notariële pensioenvoorziening. Aan het desbetreffende pensioenfonds betalen alle notarissen jaarlijks een bijdrage. De bijdrage is een percentage van de winst. Daarnaast is het gebruikelijk dat de opvolger een goodwill voor de overname van de notarispraktijk betaalt.

5.5.20. Algemeen

Mede naar aanleiding van de acties vanuit de Europese Commissie is er toch regelmatig discussie over het functioneren van de notaris en de regelgeving in het notariaat. Vergelijk in dat verband de geplande forse uitbreiding van het aantal standplaatsen. Er is dan weliswaar nog altijd wel een *numerus clausus*, maar straks van een veel ruimere maat. Ook de studie van Maître Darrois zou zeer ingrijpende gevolgen hebben als zij gerealiseerd zou worden.

Het Franse notariaat heeft een goede overlegpositie bij de centrale overheid. De beste strategie om het Franse notariaat een blijvende solide bijdrage aan de rechtszekerheid te laten leveren en haar positie daarop ingericht te houden, is evenwel om te zorgen voor een goed en kwalitatief hoogstaand notariaat. De opleiding moet daartoe goed geregeld zijn en is ook goed.

In vergelijking met de advocatuur is de toegang tot de professie moeilijker en ligt de bijscholing in het notariaat op een hoger niveau.

De fameuze Cridon levert een goede bijdrage aan een goed functionerend notariaat.

De notarissen moeten ook zorgen voor goede onderlinge en collegiale verhoudingen, zodat niet ieder voor zich, maar vooral tezamen wordt gewerkt aan het onderhouden en nog verbeteren van een goed functionerende beroepsgroep.

In het laatste decennium is het notariaat in Frankrijk met zijn tijd meegegaan en is het goed gemoderniseerd en ge(re)organiseerd. De inschrijving in het kadaster gaat via intranet en in oktober 2008 zijn de eerste akten digitaal, zonder papier, ondertekend. Bij die eerste digitale akte bevond de koper zich op het notariskantoor (bij de CSN in Parijs), terwijl de verkoper zich op locatie in Zuid-Frankrijk bevond. De minister heeft de zitting bijgewoond. Bij beide partijen in de akte was een notaris aanwezig. De digitale akten worden voor het gehele land bewaard in Fenelles in de Provence. Ook het centraal testamentenregister wordt daar bewaard.

Het Franse notariaat is voortdurend in beweging door verbetering en modernisering en ziet met een kwalitatief sterke beroepsgroep de toekomst met vertrouwen tegemoet.

5.6. Het notariaat in de Republiek Hongarije⁵⁸⁰

5.6.1. *Tarieven voor notariële diensten*

De notariële tarieven worden conform wettelijk voorschrift vastgesteld bij besluit van de minister van Justitie.⁵⁸¹ De tarieven gelden voor alle delen van het land. In principe zijn alle werkzaamheden van de notaris getarifeerd.

Het honorarium voor een notariële akte is gebaseerd op de onderliggende waarde van de desbetreffende transactie, zoals een koop-, geldlening- of hypotheekovereenkomst. Het maximumbelang waarover gerekend mag worden, bedraagt 200 miljoen forint (circa € 690.000). Het tarief mag worden verdubbeld in bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld in geval van passeren in een vreemde taal, buiten kantoor passeren, bij een zeer ingewikkelde casus en bij passeren tussen zes uur 's avonds en acht uur 's ochtends. Het tarief (per transactie) wordt gehalveerd ingeval er twee of meer transacties in één akte zijn opgenomen en zelfs verminderd tot een kwart als er sprake is van een algemene akte waarvan het concept door partijen is aangeleverd. Als de onderliggende waarde niet kan worden vastgesteld, wordt er gerekend op basis van uren.

Gelegaliseerde kopieën worden per pagina berekend.

Erfrechtelijke verdelingen worden ook weer op basis van de onderliggende waarde berekend; het tarief bedraagt daarbij de helft van het hiervoor gemelde tarief voor bijvoorbeeld koopakten.

Voor het geval door zijn aard het belang van een akte niet kan worden vastgesteld, geldt een forfaitair tarief.

Naast het tarief mag de notaris kantoorkosten in rekening brengen tot 40% van het notariële tarief, terwijl gemaakte externe kosten integraal mogen worden doorberekend; dat zijn bijvoorbeeld eventuele reis- en verblijfkosten, maaltijden, post-, telefoon- en faxtarieven.

Uitgangspunt bij de vaststelling van de notariële honoraria waren de tarieven van de advocatuur. De notariële tarieven werden geacht op hetzelfde niveau te worden bepaald. Het is niet toegestaan over tarieven te onderhandelen of deze te wijzigen.

Er is in het land geen discussie over de juistheid van het tariefsysteem en een overgang naar vrije tarieven wordt door niemand, ook niet door de overheid, bepleit.

⁵⁸⁰ Naast de beperkte antwoorden op de questionnaire door de Hongaarse Notariële Beroepsorganisatie is het overzicht Hongarije in de § 5.6.2, 5.6.7, 5.6.8 en 5.6.11 ook samengesteld aan de hand van: *Notarbild im Mitteleuropa*, Band 7, Wien 2003, *Center of legal competence Notariat* 2005, *Studie in opdracht van de Oostenrijkse Notarkammer: Notariat* 2005, Wenen 2001.

⁵⁸¹ Verordening nr. 14/1991.

5.6.2. *Toegang tot het ambt van notaris en numerus clausus*

Voor de benoeming tot notaris is een academische juridische graad vereist. Verder moet er een beroepsdiploma worden behaald en is een stage van ten minste drie jaar vereist. Die drie jaar ervaring kan zijn opgedaan als plaatsvervangend notaris, maar ook als rechter, officier van justitie of advocaat.

Ook in Hongarije geldt voor de benoeming van een notaris de vereiste van de Hongaarse nationaliteit, hij mag geen strafrechtelijk verleden hebben en moet over kiesrecht beschikken. Voor de benoeming is ook een vermogensverklaring vereist. De notaris wordt benoemd door de minister van Justitie.

De notaris defungeert als hij de leeftijd van 70 jaar heeft bereikt, als hij de minister om ontslag verzoekt of als hij door de tuchtrechter uit zijn ambt is gezet.

Bijzonder is de regeling dat een notaris die verkozen wordt tot lid van het parlement, van een lager niveau van volksvertegenwoordiging, of tot burgemeester wordt benoemd, tijdelijk notarieel in ruste gaat en bij beëindiging van de desbetreffende functie zijn notariaat weer kan gaan uitoefenen.

In 2008 waren er in Hongarije 313 notarissen in functie.⁵⁸² Het aantal standplaatsen wordt ieder jaar door de minister van Justitie geëvalueerd en opnieuw vastgesteld. De nationale Kamer van notarissen en de nationale Raad voor Justitie adviseren de minister daaromtrent. Bij de vaststelling en eventuele uitbreiding of beperking van het aantal standplaatsen wordt de ontwikkeling van een desbetreffende regio, het inwoneraantal en de aard van het gebied (platteland, stedelijk, industrieel, toeristisch, enz.) in aanmerking genomen. Als er geen cijfers van aantallen akten bekend zijn voor een bepaalde geplande nieuwe standplaats, dan worden de cijfers van een vergelijkbare plaats van vestiging gebruikt. Bij de jaarlijkse vaststelling van het aantal standplaatsen kan geconcludeerd worden dat het aantal geen aanpassing behoeft, zoals in de jaren 2006 en 2007 het geval was.

5.6.3. *Exclusieve bevoegdheden van de notaris*

De notaris heeft legaliserende bevoegdheden. Exclusieve rechten zoals het opmaken van koop- en overdrachtakten zijn de notaris niet toegekend. Er zijn zo goed als geen akten waarvoor zijn tussenkomst vereist is.

Advocaten en notarissen bestrijken deels hetzelfde werkterrein, zoals bij de overdracht van vastgoed en de oprichting van rechtspersonen. Anders dan advocaten mogen notarissen echter niet partijen op een partijdige wijze vertegenwoordigen. De notaris is en blijft onpartijdig. Op vakgebieden waar advocaten en notarissen in dezelfde soort zaken naast elkaar opereren, treden zij elk op volgens hun eigen beroepsregels.

⁵⁸² In 2003 waren dat er 270.

Bij de laatste aanpassing van de notariswet zijn taken aan het pakket van de notaris toegevoegd en voor de toekomst staan meer uitbreidingen op stapel. De recente wijzigingen hebben het publieke karakter van de notaris versterkt. De rol van de notaris wordt steeds belangrijker in het prégerechtelijke traject, zijn rol begint steeds meer te lijken op die van een rechter in eerste aanleg.

5.6.4. *Publiciteit door een notaris*

In het algemeen is publiciteit verboden voor een notaris. Maar bekendmaking van bijvoorbeeld de vestiging van een notariskantoor is toegestaan. De mogelijkheden tot het maken van reclame zijn te vergelijken met die van de overheid, in het bijzonder met die van rechterlijke instanties. De rechter maakt ook geen reclame voor zijn diensten, maar zal bijvoorbeeld wel personeel vragen, onder meer door middel van advertenties. Zo is het ook voor de notaris geregeld.

5.6.5. *Samenwerkingsverbanden van een notaris*

Notarissen mogen niet binnen één entiteit samenwerken met vertegenwoordigers van andere juridische beroepen (of andere vrije beroepers). Behalve dit verbod⁵⁸³ mogen twee of meer notarissen die benoemd zijn binnen dezelfde standplaats gezamenlijk een kantoor voeren, mits met toestemming van het bestuur van de regionale Kamer van notarissen. Verder kent de wet een speciale rechtsvorm (rechtspersoon) voor een notarispraktijk.

5.6.6. *Notariële regelgeving in formele zin*

De Notariswet is vastgesteld conform de gebruikelijke procedure voor de totstandkoming van wetten, dat wil zeggen door de regering (in het geval van de Notariswet de minister van Justitie) en het parlement.

De nationale Kamer van notarissen kan wetten initiëren, in het bijzonder ten aanzien van onderwerpen die het werkterrein van de notaris betreffen. Daartoe gemachtigd bij de Notariswet stelt de nationale Kamer richtlijnen en verordeningen vast over verschillende onderwerpen, bijvoorbeeld betreffende het gedrag en optreden van notarissen en de toepassing van de notariële tarieven.

Voor het geval de regelgeving van de nationale Kamer inbreuk zou maken op de wet, kan de minister van Justitie optreden (ex post) en een procedure inleiden tegen de notarissen tot intrekking van de desbetreffende regels.

De nationale mededingingsautoriteit heeft geen rechtstreekse invloed op de regelgeving voor het notariaat, omdat ook volgens de Hongaarse Kamer de activiteiten door hun aard (gedelegeerd overheidsgezag aan het notariaat en de

⁵⁸³ Act XLI van 1991.

uitoefening van overheidsprerogatieven door de notaris) niet onderworpen kunnen/mogen zijn aan marktwerking, hoezeer ook de werkzaamheden van de notaris zich wel binnen het economische krachtenveld afspelen.

5.6.7. *Toezicht en tuchtrecht*

Het tuchtrecht wordt uitgeoefend door tuchtcolleges. In eerste instantie zijn dat de colleges verbonden aan de regionale gerechten, in hoger beroep bij de hogere rechter. De tuchtcolleges worden gevormd door drie notarissen en twee rechters, de voorzitter is altijd een rechter.

Als sancties kunnen worden opgelegd een waarschuwing, een schriftelijke berisping, ontslag uit een eventuele functie in de notariële Kamer, een geldboete (met een maximum van twee miljoen forint, circa € 6900), schorsing uit het ambt (voor een periode van minimaal zes maanden tot maximaal twee jaar) en ontzetting uit het ambt.

5.6.8. *Overkoepelende organisatie van notarissen*

Iedere regio heeft zijn eigen Kamer van notarissen, die gezamenlijk vallen onder de jurisdictie van de landelijke Kamer van notarissen. De Kamers hebben publiek-rechtelijke rechtspersoonlijkheid. Gelijk met de benoeming tot notaris wordt de nieuw benoemde notaris *qualitate qua* lid van de Notariaatskamer. Kandidaat-notarissen en plaatsvervangende notarissen kunnen op aanvraag lid worden.

De Kamers dragen zorg voor het aanzien van het notariaat en verlenen hun medewerking aan de voorbereiding van de op het notariaat betrekking hebbende rechtsnormen. De organen van de Kamers staan onder toezicht van de minister van Justitie.

5.6.9. *Executoriale titel*

De notariële akte heeft ook in Hongarije executoriale titel.

5.6.10. *Ministerieplicht, full service*

Evenals een (andere) publieke instantie (met overheidsgezag) is ook de notaris gehouden alle werkzaamheden die hem bij wet zijn opgedragen ook daadwerkelijk te verrichten. Het is de notaris derhalve niet toegestaan om zich tot bepaalde rechtsgebieden te beperken en zich daarin te specialiseren. De verplichting tot full service geldt onverkort.

5.6.11. *Algemeen*

Het notariaat in Hongarije is in 1947 door het toenmalige communistische regime als tot dan bourgeois en derhalve in de ogen van dat regime, verderfelijk rechts-instituut, in de rechterlijke macht geïntegreerd.

In 1991 werd het notariaat naar het Latijnse model teruggeprivatiseerd. Men is ervan overtuigd dat het op de huidige wijze vormgegeven notariële ambt in hoge mate heeft bijgedragen aan het vertrouwen in de rechtszekerheid bij buitenlandse investeerders.

5.7. Het notariaat in de Italiaanse Republiek

5.7.1. *Tarieven voor notariële diensten*

Italië kent een tariefregeling voor het notariaat voor zover het zuiver notariële werkzaamheden betreffen. Algemene adviezen die niet zijn gerelateerd aan een ambtelijke activiteit, zijn niet getarifeerd. Er was een systeem van minimum- en maximumtarieven, gebaseerd op de waarde van het betrokken belang. Voor de akten waarvoor niet een waarde kan worden vastgesteld, bestaan er vaste tarieven, bijvoorbeeld voor testamenten en volmachten. Recent zijn de minimumtarieven afgeschaft, maar het overige tariefsysteem, waaronder de maximumtarieven vallen,⁵⁸⁴ is gehandhaafd.

De tarieven worden vastgesteld door het bestuur van de Nationale Notariële Kamer⁵⁸⁵ en behoeven de goedkeuring (ex ante) van de minister van Justitie.

De tarieven zijn niet geïndexeerd en gelden tot er een nieuwe regeling wordt ingevoerd.

Volgens de respondenten voldoet het systeem goed en voorkomt het unfaire concurrentie tussen notarissen op prijs, een concurrentie die een groot risico van kwaliteitsverlies in zich bergt. Omdat het systeem op de onderliggende waarden is gebaseerd, is het objectief en transparant en daarmee zuiver jegens de cliëntèle.

5.7.2. *Toegang tot het ambt van notaris, numerus clausus*

Italië heeft, zoals eerder aangegeven, de nationaliteitseis voor de benoembaarheid tot notaris geschrapt. De Italiaanse regering heeft naar de wens van de Europese Commissie gehandeld: de eis van Italiaanse nationaliteit voor de benoembaarheid

⁵⁸⁴ Wet nr. 248 van 4 augustus 2006 (GURI nr 186 van 11 augustus 2006), ook wel genoemd 'Besluit Barsani'.

⁵⁸⁵ *Consiglio Nazionale Notariato*.

tot notaris is omgezet in een eis tot het hebben van de nationaliteit van een van de EU-lidstaten.⁵⁸⁶

Italië kent een formeel vastgestelde minimumleeftijd, te weten 21 jaar voor de functie van notaris. Bovendien mag de nieuw te benoemen notaris niet de leeftijd van 50 jaar hebben bereikt.

Wil iemand tot notaris worden benoemd, dan moet er sprake zijn van moreel gedrag dat boven iedere twijfel verheven is. De aspirant-notaris mag niet schuldig zijn bevonden aan een misdrijf of overtreding waarop een straf staat van ten minste zes maanden gevangenisstraf, ook niet als er uiteindelijk tot een lagere straf is veroordeeld. De vervolging voor zo'n misdrijf of overtreding zal opschorting van de beoordeling door de benoemingscommissie met zich brengen, tot aan de finale vrijspraak of de verjaring van het delict.

Als opleiding wordt vereist een academische graad in de rechten of een doctoraat in de rechten behaald aan of erkend door een Italiaanse Universiteit of het bezit van een andere titel zoals die is omschreven in de wet.⁵⁸⁷

Er geldt een stageverplichting in de notariële praktijk van ten minste anderhalf jaar, waarvan ten minste één jaar moet zijn gelopen na de voltooiing van de notariële studie. Van die stage moet een registratie kunnen worden overgelegd van een Notariële Kamer. Aan de stage is een aantal eisen gesteld. Zo kan de stage pas beginnen, nadat de kandidaat als stagiair is geaccepteerd door de notaris van zijn keuze en die keuze is geacordeerd door de Kamer. Op verzoek kan ook de notariële Kamer (Raad) een notaris aanwijzen waar de stage gevolgd kan worden. Al tijdens het laatste jaar van de studie of gedurende de periode van promotie mag een kandidaat zich aanmelden voor een stage. De stage moet dan wel voltooid worden binnen dertig maanden na die aanmelding. Voor het geval die termijn wordt overschreden, zal de stagetijd van voor het afstuderen respectievelijk het behalen van de doctorstitel niet meer meetellen. De stageperiode wordt beperkt tot acht maanden voor diegenen die een functie hebben bekleed in het rechtssysteem of advocaat zijn geweest voor een periode van ten minste één jaar. Dat bevordert de zij-instroom.

Als aan al de gemelde voorwaarden is voldaan, kan men zich opmaken voor het vergelijkend examen. Daar wordt men pas toegelaten nadat men een gecomputeriseerde test als voorselectie goed is doorgekomen. Het echte examen bestaat uit een schriftelijk en een mondeling deel. De uiteindelijke benoeming hangt af van het resultaat van het vergelijkend examen. Voor dat examen is een Raad ingesteld, die wordt benoemd door de minister van Justitie en die bestaat uit een rechter uit het constitutionele Hof als president, een rechter die voldoet aan de eisen om tot rechter in het constitutionele Hof te worden benoemd als vicepresident, vier rechters die kwalificeren als rechters in hoger beroep, drie universitair hoogleraren

⁵⁸⁶ Wet #166 van 24 april, 2006.

⁵⁸⁷ Wet van #148 van 11 juli 2002.

aan de juridische faculteit en zes notarissen die ten minste tien jaar ervaring in het ambt hebben. Feitelijk zal als examencommissie optreden een groep van vijf personen, die is samengesteld uit de Examencommissie en die op haar beurt is samengesteld uit de president of de vicepresident van de Raad, een hogerberoeps-rechter, een universitair hoogleraar en twee notarissen. Omdat lidmaatschap van de examencommissie een zware en tijdrovende opdracht betreft, zijn de rechters en hoogleraren, leden van de examencommissie, vrijgesteld van hun taak als rechter respectievelijk professor. Behalve de Examen Raad en de examencommissie bestaat er nog een permanent comité dat is benoemd door de minister van Justitie, dat als opdracht heeft het bijhouden, managen en actualiseren van het preselectie-testsysteem. Het schriftelijk deel van het examen bestaat uit drie verschillende theoretisch/praktische testen: één test betreffende een testament en twee testen betreffende transacties tussen levenden, waarvan één gerelateerd aan het ondernemingsrecht. Voor ieder onderwerp wordt het ontwerpen van de akte gevraagd, in relatie tot de wettelijke regels waarop de akte is gebaseerd. Het mondelinge examen omvat:

1. burgerlijk recht, ook in relatie tot het instituut notariaat;
2. organisatie van de notariële praktijk en de notariële archieven;
3. fiscale aspecten van de genoemde examenonderwerpen.

Door toekenning van punten voor ieder examenonderdeel wordt de totaalscore verkregen en wordt vastgesteld wie er kwalificeert voor benoeming. Kwalificatie en niet-kwalificatie moeten nauwkeurig worden verantwoord. Vervolgens wordt uit de lijst van de gekwalificeerde kandidaten bepaald wie en waar wordt benoemd. Maatgevend daarbij is, binnen grenzen, in eerste instantie de wens van de kandidaat en als daaraan niet kan worden tegemoetgekomen, beslist de minister van Justitie. Na de aanwijzing van de notariële standplaats wordt de notaris benoemd bij ministerieel Besluit, welk Besluit wordt gepubliceerd in de officiële bladen. Het is een pittige procedure waarbij het talent bovendrijft en er op een breed scala van onderwerpen wordt getoetst, niet alleen kwalitatief juridisch, maar ook praktisch in kantoormanagement en fiscaal bewustzijn. Als het allemaal zo snel lukt, dan kan men zoals gezegd notaris zijn vanaf 21 jaar en moet men uiterlijk defungeren op de leeftijd van 75 jaar.

De *Consiglio Nazionale Notariato* is tevreden met deze kwaliteitsselectie in de benoemingsprocedure, die door voldoende waarborgen voor een zuivere procedure is omgeven. De Raad ziet geen aanleiding voor veranderingen.

Het aantal notarissen en de desbetreffende standplaatsen worden per district vastgesteld bij besluit van de minister van Justitie (*numerus clausus*). De minister volgt bij zijn besluit de voorstellen die daartoe zijn gedaan door het regionale appèlgerecht (gerechtshof) en de regionale *consiglio notariato*. Bij het opmaken van de voorstellen worden in aanmerking genomen het bevolkingsaantal, het aantal transacties, de omvang van het desbetreffende gebied, de beschikbare

communicatiemiddelen, de bereikbaarheid, het uitgangspunt van één notaris per 8000 inwoners en de haalbaarheid om per notaris een inkomen te genereren dat overeenkomt met het gemiddelde notariële inkomen van de laatste drie jaren. Het aantal standplaatsen wordt iedere tien jaar aangepast of eerder als daartoe een duidelijke aanleiding is.

5.7.3. *Exclusieve bevoegdheden van de notaris*

De notaris in Italië heeft een breed scala aan werkzaamheden opgedragen gekregen. De Notariswet omschrijft in het eerste artikel dat de notaris een openbaar ambtenaar is, die is belast met het opnemen en bevestigen van transacties tussen partijen, het opmaken van testamenten en het bijhouden/vervaardigen van kopieën, certificaten. De notaris maakt verklaringen op en stelt die ter beschikking voor zaken die onder de rechter zijn, hij neemt onder ede registreerbare akten op inzake burgerrechtelijke en handelsrechtelijke aangelegenheden. Hij neemt op en legt verklaringen vast inzake de beneficiaire aanvaarding van testamenten.⁵⁸⁸ Hij verzegelt en verbreekt zegels in situaties als voorzien in het burgerlijk en het handelsrecht. Hij maakt boedelbeschrijvingen. Hij organiseert en houdt veilingen en verdelingen. In het algemeen oefent de notaris al die functies uit die hem bij de diverse wetten zijn toebedeeld. In ieder geval is hij geautoriseerd in alle akten tussen private partijen, bovendien in die publieke aangelegenheden waarbij de assistentie van de notaris door de overheid wordt ingeroepen vanwege zijn specifieke deskundigheid.

De tussenkomst van de notaris geeft de akten authentieke kracht en geeft de akte daarmee toegang tot de diverse openbare registers. De notaris verzorgt openbare akten en legalisatie van handtekeningen in onderhandse akten. De notariële openbare akte is bijvoorbeeld vereist bij huwelijksvoorwaarden, schenkingen, testamenten en bij bepaalde onderdelen van het vennootschapsrecht. De legalisatie van handtekeningen geeft de vereiste rechtskracht aan personenvennootschappen en aan rechtspersonen, evenals aan akten betreffende vastgoed zodat die kunnen worden ingeschreven in de openbare registers en akten benodigd voor de inschrijving in de desbetreffende registers ter zake van schepen, vliegtuigen en automobielen. Bij wet van 4 juli 2006 is echter voor de registratie van roerende zaken vastgelegd dat daartoe niet meer uitsluitend de notaris bevoegd is, maar dat die registratie ook door onder meer de gemeentelijke overheid gedaan kan worden.

⁵⁸⁸ De beneficiaire aanvaarding verkrijgt pas rechtskracht, zodra deze in het desbetreffende register bij de rechtbank is ingeschreven.

5.7.4. *Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen*

Ook de Italiaanse notaris zorgt ervoor, door zijn vakkundige vastlegging van de afspraken van partijen, dat minder kwesties bij de rechter aanhangig worden gemaakt. Veel is al voorzien bij de akte. Daarnaast heeft de wetgever de notaris opgedragen de gedwongen verkoop van roerende zaken te verzorgen door middel van openbare veilingen.

De *Consiglio Nazionale del Notariato* heeft in 2005 een rechtspersoon opgericht, de *ADR Notariato Srl*, die als doelstelling heeft de vreedzame beslechting van geschillen om daarmee de gang naar de rechter te helpen voorkomen. Bij besluit van 7 juni 2007 heeft de minister van Justitie deze vennootschap erkend en geregistreerd als organisatie die gerechtigd is tot zodanige beslechting van geschillen. Het ligt in de bedoeling om deze vorm van geschillenbeslechting in de komende jaren meer en meer toe te passen.

5.7.5. *Publiciteit door een notaris*

Dat is een van de onderwerpen ten aanzien waarvan de Europese Commissie deregulering bepleit. In 2006 heeft de Italiaanse overheid inzake alle professies dereguleringen doorgevoerd. Zo is er ook een ingrijpende wijziging in het beleid gekomen ten aanzien van reclameuitingen in het notariaat. Sindsdien schrijft de wet⁵⁸⁹ voor dat alle regels moeten worden afgeschaft die informatieve publiciteit van vrije beroepsbeoefenaren verbieden. Die informatieve publiciteit mag betreffen de beroepstitels en specialisatie, de aanpak in hoofdlijnen van de dienstverlening, de honoraria, de overige kosten en de algemene voorwaarden die met die dienstverlening verband houden. De publiciteit mag niet onjuist of oneerlijk zijn.

5.7.6. *Samenwerkingsverbanden, rechtsvormen waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden en interdisciplinaire samenwerking*

De Italiaanse wet zegt niets specifiek over associaties tussen notarissen, maar het is zeker wel toegestaan en zij komen ook ruimschoots voor. Te meer omdat ook de wet die iedere associatie tussen vrije beroepers verbodt, is ingetrokken. Verder is er intussen een regeling betreffende de samenwerking van juristen aangenomen. Gemelde wet (uit 2006) heeft verder de wetten/regelingen die interdisciplinaire samenwerking van personenmaatschappen of andere beroepsentiteiten verbieden, ingetrokken, weer een 2006-deregulering, echter wel onder de voorwaarde dat de doelstelling van die verbanden exclusief op de desbetreffende beroepsdisciplines betrekking moet hebben, dat dezelfde beroepsbeoefenaar geen deel mag uitmaken van meer dan één samenwerkingsverband, dat de notariële dienst ver-

589 Wet 248/2006, artikel 2.

leend wordt door één of meer partners die tevoren zijn aangewezen en onder hun persoonlijke verantwoordelijkheid. Binnen zulke associaties blijft de relatie van notaris en cliënt er één van persoonlijke aard; het notariële zegel mag uitsluitend door de notaris persoonlijk worden gebruikt en niet door de maatschap. Het principe van de persoonlijke dienstverlening houdt ook in dat uitsluitend de notaris de kwalificatie openbaar ambtenaar toekomt en niet de maatschap. Dat betekent ook dat er een absoluut verbod is van delegatie of overdracht van de notariële bevoegdheden aan derden.

5.7.7. *Notariële regelgeving in formele zin*

De Notariswet is vastgesteld door regering en parlement. De *Codice deontologico* (deontologische gedragscode) is vastgesteld door de *Consiglio Nazionale del Notariato*. De nationale mededingingsautoriteit heeft een rol zoals die is vastgelegd bij wet.⁵⁹⁰ Die functie is te vergelijken met de mededingingsregeling van het VWEU.

5.7.8. *Toezicht en tuchtrecht*

Ook in Italië bestaat een toezichtinstantie op het notariaat die controle uitoefent op kwaliteit, financiën, naleving van regels en integriteit. Sancties die opgelegd kunnen worden zijn een waarschuwing, de benoeming van een censor of toezichthouder over/op die notaris, een boete, een schorsing en een ontzetting uit het ambt. Bij de regionale notariële organisatie kunnen klachten over een notaris worden ingediend. De respondenten van mijn vragenformulier voor Italië achten het essentieel dat er een goed systeem van *checks and balances* ook in het notariaat bestaat. Bij ieder systeem is dat essentieel voor het blijvend goed functioneren.

In 2006 is ook de disciplinaire organisatie grondig herzien.⁵⁹¹ Op 1 januari 2007 is de nieuwe wet van kracht geworden. Bij deze wet zijn regionale disciplinaire gerechten ingesteld, de zogenoemde Core di.⁵⁹² De Core di zijn in de plaats gekomen van de vroegere regionale notariële Kamers en worden gevormd door een rechter (als president) en door zes, acht of twaalf notarissen, afhankelijk van het aantal notarissen in de desbetreffende jurisdictie. De Core di wordt benoemd voor een periode van drie jaar. De Core di behandelt klachten die zijn aangedragen door de districtsprocureur, de regionale notariële Kamer of de directeur van de notariële archieven. Hoger beroep is mogelijk bij het Hof van Beroep (*Corte di Appello*) en cassatie bij het Hof van Cassatie.

⁵⁹⁰ Wet 287/1990.

⁵⁹¹ Wet 249/2006.

⁵⁹² Core di is de afkorting van *Commissioni amministrative regionali di disciplina*.

5.7.9. Overkoepelende organisatie van notarissen

Ook het Italiaanse notariaat is verenigd in een notariële beroepsorganisatie, de *Consiglio Nazionale Notariato*. Het is een publiekrechtelijke instelling. De beroepsorganisatie behartigt mede de belangen van de notarissen. De instelling is van mening dat zij niet kan worden aangemerkt als een ondernemersvereniging in de zin van de mededingingsregelingen, zowel in de zin van het VWEU als in de zin van de nationale mededingingswetten.

Naast de publiekrechtelijke beroepsorganisatie bestaat er ook een privaatrechtelijke organisatie, te weten de Notariële Vakbond. Het systeem zoals het in Italië werkt, zeker na alle recente aanpassingen, functioneert tot volle tevredenheid van de Italiaanse notarissen.

Het notariaat is georganiseerd in Notariële Raden, die een verplicht lidmaatschap kennen. Aan de basis van ieder beroep met een beschermde titel/status staat een organisatie bij welke de beroepsbeoefenaar geregistreerd moet zijn en welke het instituut vormt dat de rechten en plichten van de aangeslotenen moet behartigen respectievelijk controleren. Het lidmaatschap van de desbetreffende beroepsorganisaties staat open voor diegenen die de voor dat beroep vereiste (academische) graad hebben behaald en de test met goed gevolg hebben afgelegd welke de overheid daarvoor verplicht heeft gesteld.

Tot voor kort was er in iedere regio met een straf- of burgerlijk gerecht, ook een Notarieel College of een Notariële Raad gevestigd. Thans zijn de notariële districten gescheiden van de gerechtelijke jurisdicties en zijn autonoom ingedeeld. Notarissen zijn verplicht om zich te registreren bij het College. Zonder dat hebben zij geen mandaat en daardoor geen bevoegdheid om de notariële praktijk uit te oefenen. De Colleges van notarissen bestaan uit twee organen: de algemene vergadering en de nationale raad.⁵⁹³ Iedere notariële raad wordt democratisch gekozen door de notarissen in het desbetreffende district. Naast de vele verplichtingen die de raden opgelegd hebben gekregen bij wet, besteden de raden zowel aandacht aan de ethische aspecten van de praktijkvoering door de notarissen, als aan de correcte uitoefening van hun ambtsplichten.⁵⁹⁴

De Nationale Notariële Raad is ingesteld in 1949.⁵⁹⁵ De wet geeft aan dat de Nationale Raad gevestigd moet zijn in Rome, dat de Raad is belast met het opmaken en vaststellen van de beroepsverordening voor de notarissen, dat de Nationale Raad wordt gevormd door notarissen die worden gekozen op regionale basis. Thans bestaat de Raad uit twintig leden en drie inspecteurs, gekozen door de verschillende regionale Colleges. De leden worden gekozen voor een termijn van drie jaren en niemand kan voor meer dan twee termijnen worden benoemd.

⁵⁹³ *Consiglio Nazionale del Notariato*.

⁵⁹⁴ Artikel 93 Notariswet.

⁵⁹⁵ Wet #577 van 3 augustus 1949, gewijzigd bij wet #220 van 27 juni 1991.

De Notariële Raad geeft zijn commentaar op de regels die betreffende de notariële beroepsuitoefening zullen worden uitgevaardigd en becommentarieert verder ieder ander notarieel onderwerp, indien de minister van Justitie daarom verzoekt. De Raad legt voor aan de minister van Justitie, of aan andere ter zake competente instanties, alle voorstellen die passend geacht mogen worden ter zake van de notariële beroepsuitoefening en organisatie. De Notariële Raad verzamelt en coördineert alle ideeën en voorstellen van notarissen en regionale notariële raden, inzake de notariële praktijkuitoefening en organisatie. Hij neemt die ideeën en voorstellen vaak over en promoot initiatieven tot onderzoek van onderwerpen betreffende de notariële praktijk en haar instellingen, alsmede inzake de sociale zekerheid en bijstand van notarissen onderling. Hij behartigt de algemene belangen van de notarissen als groep, stelt de uitgangspunten vast van de notariële deontologie, stelt de notariële honoraria vast, met de bijbehorende accijnzen/belastingen en leges en stelt ook de criteria vast voor de vergoeding van aan de notarissen toekomende kantoorkosten. Dit alles gaat in de vorm van voorstellen en verordeningen die de goedkeuring behoeven van de minister van Justitie. De adviserende rol van de Nationale Raad is verre van symbolisch. Het tegendeel is waar. De laatste jaren heeft de Raad als daartoe aangewezen raadgevende instantie van de wetgever heel nadrukkelijk inhoud en invloed gekregen met name door zijn vooraanstaande professionele kwalificatie en bekwaamheden. De laatste jaren zijn belangrijke wetswijzigingen tot stand gebracht als resultaat van initiatieven van de zijde van het notariaat inzake de overdracht van bedrijven, de plaatsing/overdracht van aandelen in samenwerkingsvormen met beperkte aansprakelijkheid en de openbaarmaking van voorovereenkomsten ter zake van vastgoedtransacties. De opinie van de notaris als instituut is veel gevraagd en wordt gewaardeerd. Dat is getoond bij de inzichten van het notariaat ter zake van de wijzigingen in het internationaal privaatrecht, evenals op het gebied van landinrichting, fiscale aangelegenheden, familierecht en ten aanzien van een lange lijst overige onderwerpen. De Nationale Raad heeft een aantal commissies ingesteld, zoals de commissie voor onderzoeken en studies in het burgerlijk recht, de Europese Unie, een ideeënbank, fiscale onderwerpen en historische studies. Er is een databank ingesteld voor de opslag van een breed scala aan wetten, verordeningen, overige regelgeving, jurisprudentie en doctrine. De Nationale Raad geeft een bulletin uit genaamd *C.N.N. Notizie*, dat iedere dag op internet wordt geplaatst en een magazine *C.N.N. Attività* dat aan iedere notaris in Italië per e-mail wordt verzonden. Daarnaast wordt twee keer per jaar een magazine per post verstuurd met alle door de Nationale Raad verzorgde rapporten. De financiën benodigd voor de activiteiten van de Nationale Raad komen uit de bijdragen van de praktiserende notarissen, die betaald worden in een door de Nationale Raad jaarlijks vast te stellen verhouding. De Raad baseert zich bij die vaststelling op de inkomsten van de notarissen uit de geregistreerde akten. De bijdrage mag de 2% van de desbetreffende notariële honoraria niet te boven gaan. De aan de Nationale Raad verschuldigde bijdragen

worden door de regionale notariële organisaties geïnd, gelijk met de bijdragen die verschuldigd zijn aan het Nationale Notarissenfonds.

5.7.10. *Aansprakelijkheid en verzekering*

In Italië voerden de notarissen als eerste beroepsgroep vrijwillig een beroepsaansprakelijkheidsverzekering in.⁵⁹⁶ Bij de veelomvattende herziening van het notariële ambt en de organisatie daarvan in 2006⁵⁹⁷ is deze al jaren gevolgde verzekeringsmethode tot vaste regel gemaakt. De nieuwe voorschriften regelen de verzekering van de beroepsaansprakelijkheid en de instelling van een garantiefonds. Met het uitwerken van deze nieuwe verzekeringsvoorschriften wil de Nationale Notariële Raad een verzekeringsmaatschappij selecteren door middel van een openbare inschrijving.

Om de inmiddels geratificeerde oude praktijk en de nieuwe regels te implementeren heeft het notariaat een instituut ingesteld dat de verplichte bijdrage van de notarissen organiseert en int voor het garantiefonds. De nieuwe wet van 2006 heeft verder ter zake het volgende voorgeschreven:

- de Nationale Notariële Raad selecteert de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar door een openbare aanbesteding volgens nationaal en Europees recht;
- de notarissen kunnen, boven de collectieve verzekering, een aanvullende verzekering voor eigen rekening afsluiten;
- alle gegevens betreffende de collectieve en eventuele aanvullende individuele verzekering zijn voor derden vrij ter inzage;
- de ministers van Justitie en Productie stellen samen, bij decreet, de verplichte minimumdekking vast;
- voor het geval er voor bepaalde notariële activiteiten geen collectieve polis zou bestaan, moeten notarissen zich daarvoor individueel verzekeren;
- het niet-nakomen van de voorgeschreven verzekeringsplicht kan tot tuchtrechtelijke maatregelen leiden;
- de Nationale Notariële Raad institutionaliseert, regelt en organiseert door middel van de individuele, verplichte bijdragen door notarissen het garantiefonds, waaruit cliënten die de dupe zijn geworden van foute handelingen van notarissen en waarvoor geen dekking bestaat, toch schadeloos worden gesteld;
- de notulen van de vergadering van de Nationale Notariële Raad, waarbij de instelling, organisatie en reglementering van het fonds is vastgesteld, zijn goedgekeurd door het ministerie van Justitie;
- het fonds wordt beheerd door de Nationale Notariële Raad;

⁵⁹⁶ Lloyd's of London.

⁵⁹⁷ Publicatie in de Officiële Gazet #114 van 18 mei 2006 van het wetgevende besluit van #182 van 4 mei 2006.

- de bijdragen van de notarissen aan het fonds worden door de Nationale Notariële Raad geïnd en zijn niet terugvorderbaar;
- een aanspraak op het fonds wordt pas gehonoreerd als er een civiel of strafrechtelijk vonnis is gewezen.

Ten slotte wordt door respondenten opgemerkt dat de verzekeraar tot dusverre geen invloed heeft op de vaststelling van beroepsregels.

5.7.11. *Nascholing van notarissen*

Het reglement inzake de deontologie verplicht de notaris om zijn vakkennis in alle opzichten actueel en op peil te houden.⁵⁹⁸ Vanuit die verplichting en de behoefte tot voortgaande scholing hebben de Nationale Notariële Raad en het Nationale Notarissenfonds samen de Italiaanse Stichting voor Notarieel Beroep en Praktijk in het leven geroepen. Deze stichting heeft de opdracht de permanente notariële educatie te verzorgen. De Nationale Notariële Raad heeft ter zake een verordening vastgesteld. De stichting heeft ten doel alle initiatieven inzake de opleiding en verbetering van het notariaat in het belang van het recht van de samenleving op en het publieke belang bij een kwalitatief vooraanstaand notariaat en van een goede beroepshouding door de notarissen te bevorderen. De stichting zal daartoe ook het cultureel erfgoed en de sociale rol van het Italiaanse notariaat bewaken, evalueren en verbeteren. De stichting zal onder meer:

- a. cursussen organiseren ten behoeve van de praktiserende notarissen, alsmede activiteiten bevorderen op het gebied van het burgerlijk, handels-, internationaal en fiscaal recht, de deontologie, de geschiedenis van het notariaat, juridische informatiesystemen en andere onderwerpen ten behoeve van een goede uitoefening van het notarisambt;
- b. initiatieven ondersteunen en bevorderen op het gebied van het wetenschappelijk debat, de publicatie van theoretische en praktische uitgaven die beroepsuitoefening en -studie ondersteunen;
- c. studietoelagen instellen die de toegang tot de notariële professie faciliteren door het ondersteunen bij het verwerven van de vereiste academische graad;
- d. initiatieven nemen en ondersteunen inzake voorlichting aan de beroepsgroep, stakeholders en publieke opinie;
- e. seminars organiseren;
- f. individuele wetenschappers of studiegroepen financieel ondersteunen, zowel in binnen- als buitenland;
- g. communicatiemogelijkheden, discussiefora en culturele debatten over onderwerpen met speciaal belang ondersteunen en organiseren;
- h. wetskennis en juridische cultuur bevorderen;

⁵⁹⁸ Artikel 2.

- i. bibliotheken stichten;
- j. door middel van samenwerkingsovereenkomsten participeren in initiatieven betreffende culturele, educatieve, onderzoeks- en studieprojecten van publieke en private universiteiten en andere instituten, zowel in Italië als in het buitenland;
- k. vergaderingen, workshops, studiebijeenkomsten, publicaties, met culturele en wetenschappelijke doeleinden ondersteunen en organiseren;

alles binnen de doelstelling van de stichting.

De notarissen zijn verplicht aan de nascholing mee te doen; hun opleidingsactiviteiten worden iedere twee jaar geëvalueerd. Notarissen behoren in die periode honderd studiepunten behaald te hebben, waarbij dat over die twee jaar verspreid moet zijn, zodanig dat in ieder jaar ten minste veertig punten moeten zijn behaald. Ook studieactiviteiten in EU-verband of in andere landen, zowel bij publieke als private instellingen, kunnen worden gehonoreerd met studiepunten. Het niet-behalen van voldoende studiepunten kan tuchtrechtelijke consequenties hebben. In specifieke gevallen kan dispensatie worden verleend.

5.7.12. *Centrale registers*

Het Italiaanse notariaat is niet belast met het beheer van landelijke centrale registers zoals die van testamenten en huwelijksvoorwaarden. Het Italiaanse testamentenregister heeft aansluiting met enige testamentregisters in andere landen. Respondenten zouden een (verdere) ontwikkeling van Europese registers van testamenten en huwelijksvoorwaarden toejuichen.

5.7.13. *Lijdelijkheid, ministerieplicht en full service van de notaris*

De Italiaanse notaris is absoluut niet lijdelijk in de behandeling van de zaken die hem worden voorgelegd. De notaris is een vakbekwame professional die zijn cliënt met raad en daad bijstaat en deskundig adviseert. Hij speelt een heel actieve rol als het gaat om *Belehrung* en *Beratung*. De notaris heeft een ministerieplicht, hij moet alle werkzaamheden die hem bij wet zijn toevertrouwd ook daadwerkelijk aanbieden.

Ook de Italiaanse notaris kent daarmee de verplichting tot full service, een specialisatie van en beperking tot één rechtsgebied is niet toegestaan. Iedere notaris is daartoe ook in staat vanwege de strenge opleidingseisen, waaronder het kwaliteitsbevorderende vergelijkende examen.

5.7.14. *Plaats van vestiging, standplaats*

Aan iedere notaris wordt een vaste standplaats toegewezen bij zijn benoeming. Binnen die standplaats moet hij ook daadwerkelijk kantoor houden. Buiten zijn standplaats mag hij geen akten passeren.

In principe mag een notaris niet meer kantoren hebben en voor zover dat volgens de deontologische code wel mag, zijn daar veel beperkingen aan verbonden. Die beperkingen beogen het voorkomen van oneerlijke concurrentie.

5.7.15. *Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding*

De Italiaanse notaris heeft een absolute geheimhoudingsplicht, waar volgens respondenten geen uitzonderingen op bestaan. Inmiddels is ook in Italië de richtlijn ter zake van het voorkomen van witwassen en terrorismefinanciering geïmplementeerd en dat betekent dat de notaris in ieder geval uit dien hoofde moet melden en aldus, zoals in alle landen van de EU, een stukje van de geheimhoudingsplicht heeft ingeleverd.

5.7.16. *Executoriale titel*

Ook in Italië vormt de notariële akte een executoriale titel.

5.7.17. *Notaris in loondienst, deeltijdnotaris*

Het uitoefenen van de notariële praktijk mag niet gecombineerd worden met een betaalde functie bij de centrale, regionale of plaatselijke overheid. Voor gemeenten geldt dat verbod alleen daar waar het inwonertal de 5000 te boven gaat. Verder zijn bijvoorbeeld ook niet toegestaan gelijktijdige activiteiten als advocaat, procureur, bankdirecteur, koopman, arbiter, manager of geestelijke. Wel toegestaan zijn functies in de wetenschap, kunst, musea, bibliotheken, bij liefdadigheidsinstellingen, algemene vorming en dergelijke. Duidelijk is daarmee dat zeker ook niet kan worden opgetreden als makelaar. De notaris mag wel *escrow*-gelden in ontvangst nemen, echter zonder daarvoor kosten in rekening te brengen.

De notaris mag niet in loondienst van een andere notaris werkzaam zijn. Hij mag ook niet parttime in functie zijn. Het is niet mogelijk dat twee notarissen binnen één protocol werkzaam zijn.

5.7.18. *Oudedagsvoorziening en goodwill*

Er is een collectieve notariële pensioenregeling, de *Cassa Nazionale del Notariato*. Het is niet toegestaan van een ambtsopvolger een goodwill voor de notariële praktijk te bedingen.

5.7.19. *Algemeen*

Net als in veel andere landen komt er van tijd tot tijd kritiek op het notariaat van de kant van de politiek, meestal uit zeer liberale hoek, maar het algemene en voortdurende vertrouwen dat de Italiaanse burger in het notariaat stelt, is de beste bescherming tegen ondoordachte veranderingen. In 2006 is er een dereguleringsgolf geweest.

Het Italiaanse notariaat is zich ervan bewust dat het moet werken aan een permanent proces van verbetering van notariële vaardigheid, kwaliteit en functioneren om het publiek blijvend goed te kunnen bedienen, zodanig dat er geen aanleiding is tot een maatschappelijke en/of politieke roep om het notariaat nog verder te dereguleren op een wijze die het ambt in de kern van zijn functioneren zou aantasten.

5.8. Het notariaat in de Republiek Letland

5.8.1. *Tarieven voor notariële diensten*

Letland kent vaste tarieven voor alle werkzaamheden, zoals het opmaken en passeren van akten, voor-echt-erkenning en legalisatie van documenten en handtekeningen, evenals voor advisering. De tarieven worden door de regering vastgesteld. De huidige tarieven zijn van 1993 en zijn tot dusver niet geïndexeerd. Het ligt wel in de bedoeling om ze jaarlijks op basis van inflatie aan te passen.

5.8.2. *Numerus clausus en toegang tot het ambt*

Er bestaat een vast aantal standplaatsen en er is aangegeven waar die zich bevinden. Het aantal plaatsen van vestiging wordt door de regering vastgesteld aan de hand van het inwoneraantal en de economische activiteit in een bepaald gebied. Het is een dynamisch getal, in die zin dat afhankelijk van de noodzaak daartoe het aantal in principe iedere twee jaar weer wordt vastgesteld.

Er gelden zware eisen ten aanzien van opleiding en ervaring om notaris te kunnen worden. Respondenten zijn gelukkig met die stevige persoonlijke kwaliteitseisen, omdat de notaris als openbaar ambtenaar in zijn publieke functie bijdraagt aan de rechtszekerheid in de samenleving en omdat mede door die stevige toetredingseisen de reputatie van het notariaat hoog blijft.

5.8.3. *Publiciteit door een notaris*

Het is de notarissen niet toegestaan publiciteit te bedrijven. Collectieve voorlichting en reclame vinden wel plaats door de Raad van Beëdigde Notarissen. Het

wordt niet passend geacht dat een openbaar ambtenaar die is belast met overheidsgezag, zich gaat gedragen op een wijze zoals dat in marktverhoudingen gebruikelijk is en dat kan volgens de Letse notarissen maar beter zo blijven.

5.8.4. Regelgeving in het algemeen

Bij de regelgeving ter zake van het notariaat zijn betrokken het parlement, de regering, de minister van Justitie en de Raad van Beëdigde notarissen. De regels zijn vastgelegd in wet, ministeriële besluiten en verordeningen van de Raad van Beëdigde Notarissen. De regelgeving door de notarissenorganisatie zelf is niet onderworpen aan goedkeuring door de overheid.

De Mededingingsautoriteit in Letland heeft de overheid haar mening gegeven over het vaststellen van de tarieven en publiciteit. Daar waar uit het vorenstaande een algemeen verbod op individuele reclame valt te begrijpen, lijkt de Letse mededingingsautoriteit geen invloed te hebben, in die zin dat de regering de opmerkingen van de mededingingsautoriteit naast zich heeft neergelegd, of een andere opvatting over publiciteit te hebben dan de Europese mededingingsautoriteit.

5.8.5. Full service

De notarissen zijn verplicht alle hun opgedragen taken ook daadwerkelijk aan te bieden. Men kan zich dus niet, met uitsluiting van andere rechtsgebieden, specialiseren op een bepaald vakgebied. De verplichting van full service betreft iedere notaris persoonlijk.

5.8.6. Algemeen

Bij de beantwoording van het vragenformulier door het notariaat in Letland zijn verschillende vragen onbeantwoord gebleven. Daarom is het overzicht tot de hier gegeven informatie beperkt.

5.9. Het notariaat in de Republiek Litouwen

5.9.1. Tarieven voor notariële diensten

De tarieven in Litouwen zijn vastgesteld door het ministerie van Justitie in overleg met het ministerie van Financiën.⁵⁹⁹ De tarieven betreffen het opmaken en passeren van akten, het opmaken van onderhandse akten, advisering en alle andere notariële diensten. Het systeem betreft tarieven die gebaseerd zijn op de waarde

⁵⁹⁹ Artikel 19, paragraaf 1 van de Notariswet.

van het belang in de akte (0,2 tot 0,3% daarvan) of, als er geen waarde is of kan worden bepaald, een vast tarief. Voor vrijwel alle tarieven is in ieder geval ook een minimumtarief vastgesteld. Het maximumtarief voor een notariële akte is vastgesteld op 50000 LTL⁶⁰⁰ (€ 14.481).

In de Notariswet is geen periode aangegeven waarvoor de tarieven gelden. Praktijk is dat er ten minste jaarlijks een aanpassing plaatsvindt, soms vaker, zo zijn er in 2007 drie wijzigingen geweest. Zodanig (te) frequente aanpassing maakt een rechtstreekse indexering overbodig en die is er dan ook niet.

Het tariefsysteem wordt in zijn algemeenheid door respondenten wel als adequaat beoordeeld, maar de heel frequente wijzigingspolitiek bevordert de stabiliteit niet en wordt als onredelijk en minder werkbaar ervaren. Verder vindt men dat bij de tariefvaststelling ook rekening behoort te worden gehouden met het aspect van de aansprakelijkheid van de notaris en diens noodzakelijke economische onafhankelijkheid. De tarieven zouden op een zodanig niveau moeten worden vastgesteld, dat de notaris beter in staat is zijn cliënten naar behoren te bedienen, hij zich een goed en adequaat team kan veroorloven dat de beschikking heeft over een goede kantoorinrichting, automatisering en verdere techniek.

5.9.2. *Toegang tot het ambt van notaris en numerus clausus*

Om tot notaris te kunnen worden benoemd, is een voltooide juridische opleiding aan de universiteit vereist en moet men een ervaring van ten minste vijf jaar in de juridische praktijk hebben. Daarnaast is er een specifiek notarieel examen dat met goed gevolg moet worden afgelegd, maar geen met andere kandidaten vergelijkende elementen bevat. Van dat examen zijn vrijgesteld diegenen die een doctoraat in juridische richting hebben verworven.

Verder is, ondanks de andere wensen van de Europese Commissie, nog steeds de Litouwse nationaliteit vereist.

De kandidaat moet van onbesproken gedrag zijn, niet ouder dan 65 jaar zijn, geen lichamelijke gebreken hebben die van zodanige aard zijn dat daardoor het ambt van notaris niet in redelijkheid kan worden uitgeoefend en ten slotte in de open en publieke sollicitatieronde de voorkeur verkrijgen.

Het maximumaantal notarissen in Litouwen bedraagt driehonderd. Deze *numerus clausus* is vastgesteld door de minister van Justitie. Bij de vaststelling van het aantal standplaatsen wordt gekeken naar de bestuurlijke indeling van het land, het inwoneraantal, het aantal (potentiële klanten), het aantal en de samenstelling naar soort van de akten en het notarieel inkomen. Er is geen vast tijdschema voor de aanpassing van het aantal standplaatsen. Op 1 januari 2008 dateerden de laatste aanpassingen van het aantal standplaatsen van 13 januari 2004 en daarna van

600 LTL = Litouwse Litās.

8 oktober 2007. De respondenten zijn van mening dat het notarieel inkomen geen criterium zou moeten zijn bij de bepaling van het aantal standplaatsen.

5.9.3. *Exclusieve bevoegdheden van de notaris en de executoriale titel*

De notariële akte is vereist binnen de rechtsgebieden van het vastgoed-, erf-, vennootschaps-, huwelijksvermogens- en familierecht. Er zijn geen andere instanties die eveneens bevoegd zijn zodanige akten op te maken en te passeren. Uitsluitend in urgente gevallen is het recht om volmachten voor echt te erkennen ook toegekend aan consuls van de Republiek Litouwen. Recent is de bevoegdheid tot het oprichten van rechtspersonen ook aan de notaris toegekend. Bij het nieuwe Burgerlijk Wetboek van 2001 is het opmaken en passeren van huwelijksvoorwaarden toegevoegd. Juridische advisering en het opmaken van onderhandse akten is ook dagelijkse praktijk voor de Litouwse notaris.

Men is tevreden met het huidige takenpakket, hoewel men ook graag de mediation aan notarissen zag worden toegewezen. De notariële akte heeft executoriale titel. Opvallend in het rijtje van voormalige Oostbloklanden is dat het Litouwse notariaat op verscheidene vakgebieden exclusieve taken toebedeeld heeft gekregen. Vergelijk dat bijvoorbeeld met Hongarije, waar dat fors minder is.

5.9.4. *Publiciteit door een notaris*

Volgens de Notariswet is het de notaris als hoofdregel verboden direct of indirect reclame te voeren voor zijn kantoor.⁶⁰¹ Een ander deel⁶⁰² van hetzelfde artikel in de Notariswet geeft echter aan dat het wel is toegestaan informatie over het kantoor, door middel van brochures, informatiekaarten en brieven te verspreiden. De vergadering van de Litouwse Kamer van Notarissen heeft een verordening uitgevaardigd,⁶⁰³ die aangeeft dat notarissen niet met hun beroepsmatige activiteiten mogen adverteren en dat zij cliënten geen lagere tarieven mogenaanbieden dan die welke door andere notarissen gehanteerd (moeten) worden.

Dat alles omdat het de consument niet mogelijk is de juistheid van de geadverteerde informatie te toetsen, omdat hij niet beschikt over de vereiste informatie over de kwaliteit van de geboden diensten in relatie tot de prijs. Het reclameverbod geldt overigens eveneens voor andere juridische dienstverleners, zoals advocaten, procureurs en gerechtsdeurwaarders.

601 Artikel 20.

602 § 2, artikel 20 lid 1.

603 Artikel 7 van de verordening op het ethisch handelen; de ereregelen.

5.9.5. *Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen*

De rechtszekerheid verkregen door de tussenkomst van de notaris met alle zuivere juridische vastlegging van dien, voorkomt ook in Litouwen rechtszaken. Als zodanig functioneert de notaris als preventieve gerechtelijke instantie. Zoals gezegd, heeft de notariële akte executoriale kracht, waardoor het inschakelen van de rechter alleen om die reden al vaak niet meer nodig is. Ook de onderhandse akten die door de notaris voor echt erkend zijn, hebben een bewijsrechtelijke voorsprong op niet gecertificeerde akten en verlichten aldus eveneens de druk op de rechter.

Respondenten achten een sterkere positie van de notaris ter zake van mediation wenselijk. De druk op de rechter zou daarmee worden verlicht. Het zou ook goed zijn als de notaris dwangbevelen zou kunnen afgeven ter zake van notariële akten.

5.9.6. *Ministerieplicht*

Het is notarissen niet toegestaan diensten die hun bij wet zijn opgedragen, te weigeren. Iedere burger moet toegang hebben tot de gemonopoliseerde diensten. Dienstweigering kan alleen in gevallen van strijdigheid met de wet, goede zeden en dergelijke. Daarom kunnen de notarissen uitsluitend concurreren op de kwaliteit van hun diensten.

5.9.7. *Samenwerkingsverbanden van notarissen*

In Litouwen mogen notarissen samenwerken binnen één kantoor, binnen één behuizing. In samenwerkingsovereenkomsten worden de onderlinge verhoudingen en overige (werk)afspraken geregeld. Zodanige overeenkomsten mogen uitsluitend worden aangegaan met notarissen binnen dezelfde plaats van vestiging.

Uitgangspunt voor samenwerking is de handhaving van de onpartijdigheid van de notarissen. Respondenten menen dat die onder druk kan komen te staan in geval van associatie met bijvoorbeeld advocaten, belastingadviseurs of accountants.

5.9.8. *Rechtsvorm waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden*

Het notarisambt mag niet binnen een rechtspersoon worden uitgeoefend. Het is de notaris ook niet toegestaan andere betaalde activiteiten uit te oefenen, anders dan voor de Kamer van Notarissen, voor het onderwijs en voor creatieve activiteiten.⁶⁰⁴ De notaris wordt persoonlijk benoemd, legt persoonlijk de eed af, passeert akten onder zijn eigen naam en is persoonlijk aansprakelijk voor de schade die door zijn handelen wordt veroorzaakt. Dat zijn de redenen die worden aangevoerd

604 Artikel 20 Wna.

om het functioneren binnen een rechtspersoon te verbieden. Eenzelfde argumentatie voert bijvoorbeeld ook Duitsland aan.

Hetzelfde geldt ook voor gerechtsdeurwaarders die ook al hun beroepshandelingen persoonlijk, als de daartoe benoemde persoon, verrichten. Ook zij zijn verplicht kantoor te houden in hun standplaats en hun ambtelijke activiteit mag eveneens niet binnen een rechtspersoon worden uitgeoefend.

De invloed van een aantal westerse landen is duidelijk traceerbaar in de wetgevingen die begin jaren negentig van de vorige eeuw versneld zijn opgesteld en ingevoerd. Met name Oostenrijk is een grote steun en inspirator geweest voor de wetgeving van de hem omringende landen.

5.9.9. *Notariële regelgeving in formele zin*

De belangrijkste regelgeving is te vinden in de Notariswet, tot stand gekomen in de samenwerking van regering en parlement. Deze wet delegeert veel gedetailleerdere regelgeving aan de minister van Justitie. Het vaststellen van de tarieven is bij wet opgedragen aan de minister van Justitie in samenwerking met de minister van Financiën.

De landelijke Kamer van Notarissen is ook bevoegd maatregelen inzake de uitoefening van het notarisambt uit te vaardigen. De minister van Justitie heeft de mogelijkheid deze regels voor vernietiging voor te dragen bij de rechter,⁶⁰⁵ voor het geval de minister van mening is dat deze regels in strijd zijn met de wet. Bij de beoordeling van de regelgeving van de Kamer van Notarissen, zal de Kamer worden gehoord en zal haar mening in de overwegingen worden betrokken.⁶⁰⁶

De nationale mededingingsautoriteit maakt deel uit van de commissie die de ministers adviseert bij de vaststelling van de tarieven.

Respondenten zouden graag zien dat voor het geval de minister niet akkoord gaat met de regelgeving door de Kamer van Notarissen, hij verplicht zou worden om zijn overwegingen/redenen om tot die afwijzing te komen, te melden.

5.9.10. *Toezicht en tuchtrecht*

De minister van Justitie benoemt personen die worden belast met de monitoring van de notarissen. Dat betreft onder meer: de organisatie van de dienstverlening aan cliënten, het bijhouden van het notarieel register (het repertorium), de voorbereiding, ondertekening, bewaring van de notariële akten, het volgen van de vereiste vormvoorschriften.⁶⁰⁷

605 § 3, artikel 3 Notariswet.

606 Artikel 11 Notariswet.

607 Artikel 7 Notariswet.

Gaat een notaris over de schreef, dan komt er een tuchtzaak die hetzij wordt ingeleid door de minister van Justitie, hetzij door het presidium van de Kamer van Notarissen. De tuchtzaken dienen voor het Rechtscollege van Notariële Erezaken.⁶⁰⁸ Het college kan bijvoorbeeld de volgende uitspraken doen: vrijspraak, constateren dat er sprake is van verjaring, de verplichting opleggen om publiekelijk verontschuldiging aan te bieden aan de benadeelde persoon, instantie of het personeel van het notariskantoor, een waarschuwing geven, een berisping geven, een ernstige berisping geven, een schorsing opleggen van maximaal drie maanden en de minister adviseren om de notaris te ontzetten uit het ambt. Deze laatste, en strengste, straf is nog niet opgelegd.

Het publiek kan zijn klachten deponeren bij de minister van Justitie of de Kamer van Notarissen voor zover er niet sprake is van het wezen van de notariële akte. Als het een overtreding betreft ten aanzien van het schenden van wetsvoorschriften betreffende de notariële akten, dan wordt de klacht aan de rechter voorgelegd.⁶⁰⁹

Het systeem werkt goed. De zorgvuldigheid, integriteit, aandacht, onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de notaris zijn de belangrijkste kenmerken van het notariële ambt. Het niet voldoen aan deze uitgangspunten zal tot een vervolging leiden. Die uitgangspunten zijn zo essentieel voor een zuiver en kwalitatief functionerend notariaat, dat overtreding daarvan niet onbestraft mag blijven.

5.9.11. *Overkoepelende organisatie van notarissen*

Iedere Litouwse notaris is lid van de Kamer van Notarissen. De Kamer is juridisch vormgegeven als een publiekrechtelijke rechtspersoon (met beperkte aansprakelijkheid), is onderworpen aan de Wet op Samenwerkingen en is niet in conflict met de Notariswet, waar die de organisatie van notariskantoren in vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid wél verbiedt. De Kamer van Notarissen houdt zich bezig met:

- het coördineren van de activiteiten van notarissen;
- het bevorderen van de beroepsmatige ontwikkeling van notarissen;
- het beschermen en behartigen van de belangen van het notariaat bij publieke en andere maatschappelijke instanties;
- het ontwerpen van notariële standaardmodelakten;
- het bevorderen van meer uniformiteit en een kwaliteitsstandaard in de notariële beroepsuitoefening;
- het monitoren van de ambstuutoefening door de notarissen en de controle of zij zich houden aan de beroepsethiek;
- handvatten voor gebruik en opberging van de notariële akten;

608 De paragrafen 1 van de artikelen 7 en 10 Notariswet.

609 Artikel 42 Notariswet.

- de organisatie en facilitering van een goede notariële opleiding;
- de behartiging van de belangen van de notarissen.

De Kamer van Notarissen brengt ieder jaar een gedetailleerd verslag uit aan de minister van Justitie over haar activiteiten in dat jaar en over de vooruitzichten en plannen ten aanzien van het notariaat. De status van de Kamer van Notarissen is geregeld in de Notariswet en de statuten van de Kamer, die zijn goedgekeurd door de minister van Justitie.

Naast de Kamer bestaat er niet een andere organisatie waarin de notarissen zijn georganiseerd en die zich met een specifieke belangenbehartiging bezighoudt. Het Litouwse notariaat is tevreden met de Kamer en de regelingen daaromtrent.

5.9.12. Aansprakelijkheid en verzekering

Notarissen zijn aansprakelijk conform de regeling daaromtrent in het Burgerlijk Wetboek en de Notariswet, voor de schade die burgers of instellingen/rechtspersonen lijden ten gevolge van de beroepsfouten van henzelf, hun waarnemers en/of hun personeel. Voor overtreding van wetten en andere regelgeving vanwege de overheid, bij de behandeling, het concipiëren en passeren van notariële akten zijn zij evenzeer aansprakelijk en vervolgbaar, net als iedere burger. Notarissen kunnen hun aansprakelijkheid niet beperken of uitsluiten.

Daardoor is nodig en ook beschikbaar een beroepsaansprakelijkheidsverzekering die voor iedere notaris verplicht is. De verplichte collectieve beroepsaansprakelijkheidsverzekering belooft 100.000 LTL (€ 28.962) per notaris per schadegeval. Deze verplichte verzekering is door de Kamer van Notarissen geregeld. De notarissen kunnen individueel aanvullende verzekeringen sluiten. Mocht de totaaldekking ontoereikend zijn om alle schade te vergoeden, dan blijft de notaris persoonlijk aansprakelijk voor de rest.

De staat is daarvoor niet aansprakelijk, er bestaat geen wetgeving waaraan dat te ontlenen zou zijn en er is nooit een dergelijke aanspraak tegen de Staat ingesteld. Het ministerie van Justitie heeft recent voorgesteld om in plaats van een dekking per notaris en per geval een maximale dekking te hanteren voor alle incidenten per notaris, het totaalbedrag zou dan moeten worden verhoogd naar 300.000 LTL. De Kamer van Notarissen is daar niet voor en is van mening dat de huidige dekking per notaris en per geval een betere dekking geeft en het publiek een betere kans geeft om schadeloos gesteld te worden. Verzekeraars hebben geen invloed op de beroepsregels.

5.9.13. Nascholing van notarissen

De Notariswet verplicht de notarissen tot een voortdurende studie van het notariële ambt. De postacademische opleiding wordt georganiseerd door de Kamer

van Notarissen en gecoördineerd door het ministerie van Justitie. De verordening van de Kamer van Notarissen geeft aan dat het programma van de postdoctorale opleidingen door het presidium van de Kamer van Notarissen tezamen met de door de Kamer ingestelde Commissie Notariële Praktijkontwikkeling wordt vastgesteld. Bij de opstelling en uitwerking van het nascholingsprogramma wordt rekening gehouden met de suggesties en adviezen van de notarissen. Notarissen die het desbetreffende postacademische studietraject met goed gevolg hebben doorlopen, krijgen een getuigschrift dat in het persoonsdossier van de notaris wordt bijgevoegd. Notarissen moeten met regelmaat een dergelijk getuigschrift kunnen overleggen. Aldus wordt de vakkennis van de notaris regelmatig getest en op peil gehouden. Dat is van belang om:

- zodoende beter geëquipeerd te zijn om het notariële ambt uit te oefenen, beter de akten te kunnen concipiëren, maar ook om deskundig uit te kunnen leggen wat met de akten wordt beoogd, alles zonder de belangen van (andere) cliënten te schaden;
- het aanzien van het notariaat in de samenleving nog te verbeteren en om daarmee het vertrouwen in het notariaat en zijn medewerkers te verhogen;
- kennis van de theorie met praktische oefeningen te combineren;
- door de buitenlandse contacten en seminars de positieve ervaring van notarissen uit andere landen met een Latijns notariaat aan te wenden voor de verdere ontwikkeling en verbetering van het vak in Litouwen en die buitenlandse inbreng op een zodanige wijze toe te passen dat de wet- en regelgeving van de Republiek Litouwen in aanmerking wordt genomen en gerespecteerd;
- de effectiviteit van samenkomsten alle in dat licht te stellen en daarmee de effectiviteit van de bijscholing te verhogen.

5.9.14. *Centrale registers*

De Kamer van Notarissen voert niet het beheer over enig openbaar register. De centrale registers die door de overheid worden beheerd, zijn niet verbonden met een soortgelijk buitenlands register. De Kamer van Notarissen is voorstander van een Europees netwerk van registers.

Omdat de notarissen niet alleen de belangrijkste toeleveranciers, maar ook de afnemers van de data voor bijvoorbeeld het testamenten- en het huwelijksvoorwaardenregister zijn, zou het redelijk zijn dat er wat meer rekening werd gehouden met de behoeften van het notariaat ten aanzien van aanlevering en beschikbaarstelling van de gegevens uit die registers. Het basisprincipe voor het systeem van registers is de uitwisselbaarheid en de wederzijdse toegankelijkheid van de data van de diverse registers binnen Litouwen, maar ook internationaal, aldus de respondenten.

5.9.15. *Lijdelijkheid, (nogmaals) ministerieplicht van de notaris en full service*

Volgens de Notariswet moet de notaris de gevraagde akten opmaken, zodra alle benodigde stukken door cliënten aan hem ter beschikking zijn gesteld en het honorarium in rekening is gebracht.⁶¹⁰ Dan begint dus de notariële actie. Deze wetsbepaling wil niet zeggen dat de notaris dan maar lijdelijk alles doet. Hij vraagt de benodigde gegevens uit de openbare registers op en onderzoekt die. De overheid, ondernemingen en andere instanties zijn verplicht om de notaris die gegevens en stukken ter beschikking te stellen, die hij nodig heeft om de akten betrouwbaar te kunnen opmaken.⁶¹¹ Dat dient te gebeuren binnen het tijdsbestek dat de notaris bij zijn aanvraag aangeeft. Ook in zijn algemeenheid moet de notaris uiterst attent en oplettend zijn bij de uitoefening van zijn ambt. Lijdelijkheid is daar moeilijk mee te combineren. Ook ten aanzien van *Belehrung* en *Beratung* is de notaris actief, de betekenis en gevolgen van de akten worden aan partijen nauwgezet verklaard. Ook in dit opzicht functioneert het notariële systeem in Litouwen goed, aldus de Kamer. De notarissen hebben een ministerieplicht betreffende de door de wet aan hen toevertrouwde taken.

De notaris heeft het recht en in een aantal gevallen de plicht om de notariële dienst te weigeren. Zo is het hem niet toegestaan akten te passeren voor hemzelf of zijn echtgenote/echtgenoot en bepaalde andere personen. Tot die bepaalde andere personen behoren ouders, stiefouders, kinderen, kleinkinderen, grootouders en broers en zusters. Notarissen kunnen geen documenten certificeren waarin doorhalingen, toevoegingen, doorgestreepte woorden of andere wijzigingen voorkomen of stukken die met potlood zijn geschreven. Verder zal de notaris moeten weigeren als de gevraagde notariële dienstverlening in strijd is met de wet of niet kan voldoen aan de redelijkerwijs door de notaris te stellen zorgvuldigheids- en andere eisen.

De notarissen zorgen in zijn algemeenheid voor de formalisering en vastlegging van onbetwiste en persoonlijke rechten van natuurlijke en rechtspersonen; zij beschermen de wettige belangen van individuen en ook van de Staat. De Notariswet heeft de notaris de functie gegeven, zoals hij die heeft, om mee te werken aan het voorkomen van onwettige transacties en akten in burgerrechtelijke verhoudingen.

Iedere notaris is verplicht om alle gebruikelijke taken die aan de notaris zijn toevertrouwd ook daadwerkelijk aan te bieden, specialisatie (met uitsluiting van andere notariële werkterreinen) is niet toegestaan. Ook in Litouwen bestaat derhalve een full-serviceverplichting.

⁶¹⁰ Artikel 29 Notariswet.

⁶¹¹ Paragraaf 2 van artikel 34 Notariswet.

5.9.16. *Plaats van vestiging, standplaats*

Een notaris wordt bij besluit van de minister van Justitie benoemd in een bepaalde standplaats. Hij is verplicht binnen die standplaats ook daadwerkelijk kantoor te houden, hij mag niet meer dan één kantoor houden. Binnen dat kantoor moeten ook de ambtelijke werkzaamheden plaatsvinden, de akten worden daar gepasseerd.

Notariële akten kunnen buiten het notariskantoor worden gepasseerd, uitsluitend op verzoek van de cliënt en dan alleen in de volgende gevallen: bij ziekte, invaliditeit of daarmee vergelijkbare redenen, wanneer er getekend moet worden door meer dan tien personen en wanneer er sprake is van een plechtige gebeurtenis die elders moet plaatsvinden. De akte kan in zo'n situatie gepasseerd worden bij de cliënt thuis, in het ziekenhuis of andere instelling.

De notaris is gerechtigd tot opdrachten in het gehele land, behalve in erfeniskwesties; daarvoor heeft de minister van Justitie werkgebieden voor de notarissen aangewezen. De huidige regelgeving ter zake voldoet.

5.9.17. *Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding*

De notaris is verplicht de inhoud van de akten geheim te houden om het recht van zijn cliënten op onschendbaarheid van de persoonlijke privacy te waarborgen. Afschriften van notariële akten mogen uitsluitend worden afgegeven aan natuurlijke en rechtspersonen op verzoek van diegenen die partij waren bij die akte, of hun gemachtigden.⁶¹² Echter, ook op verzoek van de rechter, de aanklager of de onderzoeksrechter (in de fase voor de rechtszaak) moeten afschriften van de akte door de notaris worden afgegeven, mits dat gebeurt in het kader van de desbetreffende civiele en/of strafrechtelijke zaak en voorts in die gevallen die met zoveel woorden in de wet vermeld zijn. Afschriften van testamenten worden pas afgegeven na het overlijden van de testator.

Een partij bij een akte of zijn gevolmachtigde kan de notaris van zijn desbetreffende ambtsgeheim ontslaan. Als een partij bij de akte inmiddels is overleden, kan het ambtsgeheim ter zake worden opgeheven door de minister van Justitie.⁶¹³ De regeling van het geheimhoudingsrecht zou volgens de respondenten scherper geformuleerd moeten worden. Met name zou er een niet voor discussie vatbare lijst moeten komen in welke gevallen de notaris zijn ambtsgeheim mag/moet doorbreken. Dat geeft de benodigde duidelijkheid en zekerheid voor samenleving en notaris. Nu is er nog te vaak onduidelijkheid of en wanneer er wel of niet een afschrift mag/moet worden afgegeven en de notaris verdere mededelingen mag doen of dat zijn ambtsgeheim van toepassing is.

⁶¹² Artikel 14 Notariswet.

⁶¹³ Artikel 14 Notariswet.

De Europese richtlijnen inzake witwassen zijn ook in Litouwen in de wetgeving geïmplementeerd in de Wet op de preventie van witwassen. Mede in dat kader moet de notaris zijn cliënten of hun gevolmachtigden verplichten zich te identificeren. De notaris moet het Onderzoeksbureau inzake Financiële Criminaliteit informeren in geval van verdachte transacties, bij contante geldstromen van 50.000 LTL (€ 14.481) of meer respectievelijk het equivalent daarvan in andere valuta. De overheid is tevreden over het optreden van de notaris als poortwachter in strafrechtzaken. Het optreden van de notaris heeft preventieve werking.

5.9.18. *Executoriale titel*

Stukken die door de notaris zijn opgemaakt ter zake van zowel betwiste als onbetwiste eisen tot handhaving/nakoming van rechtsposities zijn direct uitvoerbaar en afdwingbaar volgens het burgerlijk procesrecht. Notarissen zijn bevoegd om Europese dwangbevelen af te geven zoals vermeld in de Richtlijn (EC) nr. 805/2004 van het Europees Parlement en van de Raad van 21 april 2004 waarmee een Europees dwangbevel is gecreëerd inzake onbetwiste vorderingen. In zijn algemeenheid geeft de notariële akte een executoriale titel.

5.9.19. *Notaris in loondienst en deeltijdnotaris*

De notaris kan niet in loondienst zijn. Niet binnen zijn ambt, maar ook niet anderszins. Hij mag alleen een betaalde nevenfunctie hebben in onderwijs en kunst. Als een notaris is verkozen in een vertegenwoordigend lichaam, dan kunnen zijn notariële bevoegdheden worden opgeschort.

Deeltijdwerk is voor notarissen niet aan de orde. De werk- en kantoortijden van de notaris worden geregeld bij Besluit van de minister van Justitie. Zo is bepaald dat de kantoor- en werktijden van de notaris ten minste veertig uur per week, op de werkdagen, moet zijn. Per dag moet het kantoor ten minste 6 uur geopend zijn. Op verzoek kan de minister in bijzondere gevallen daarvan dispensatie geven en bijvoorbeeld deeltijd/sluiting op bepaalde dagen toestaan. Notaris in loondienst binnen eenzelfde protocol is niet mogelijk.

Iedere notaris wordt persoonlijk benoemd in een eigen protocol en is daarmee ook persoonlijk aansprakelijk voor eventuele beroepsfouten. Zoals gezegd, mogen notarissen wel binnen één kantoor samenwerken met gezamenlijk personeel, huisvesting, automatisering en verdere kantooruitrusting. Ten aanzien van voorgeschreven kantooruren en dergelijke geldt wel de regel dat ook de arbeidswetten betreffende maximumwerktijden moeten worden gerespecteerd.

5.9.20. Oudedagsvoorziening en goodwill

Er is geen specifieke pensioenregeling voor notarissen. Wel staat dat onderwerp volop in de belangstelling. Zo is het de bedoeling om een voorgestelde regeling van de Kamer van Notarissen aan te nemen, waardoor oud-notarissen gerechtigd worden tot een uitkering van de Kamer.

Het is notarissen niet toegestaan om bij defungeren een goodwill voor hun notarispraktijk van hun opvolger te bedingen.

5.9.21. Algemeen

In zijn algemeenheid is er in het land tevredenheid over het functioneren van het notariaat. Wel is, mede naar aanleiding van de akties van de Europese Commissie ter zake, debat over de mate van regulering van de vrije beroepen en zo ook betreffende het notariaat. Intussen worden er wel meer en meer publieke functies aan het notariaat toevertrouwd met name op het terrein van het digitaal verkeer en de registratie van transacties.

De respondenten achten het verder van belang dat ook op Europees niveau de rol en het belang van het notariaat in het rechtssysteem van ieder land worden benadrukt, dat de basiskennmerken van het Latijnse notariaat ook op politiek niveau worden bepleit en dat het belang en de bedreiging onderkend worden als een EU-lidstaat zich terugtrekt uit het Latijnse notariële systeem of het zodanig dereguleert dat bijvoorbeeld het principe van een tariefregeling of de *numerus clausus* wordt verlaten.⁶¹⁴

Het is ook van belang dat de CNUE, UNIL en andere notariële organisaties de landelijke notariële Kamers verenigen en inspireren om studies te (laten) verrichten naar de impact en het belang van het notariaat voor de samenleving, om daarmee de notariaten in de diverse landen steun te geven bij de verdediging en pleitbezorging van het belang van een goed functionerend notariaat voor het desbetreffende land. De Kamer van Notarissen in Litouwen heeft in ieder geval behoefte aan dergelijke steun.

⁶¹⁴ Hetgeen in feite een ex-communicatie van zo'n land uit het Latijnse notariaat zou betekenen. Nederland is het enige land waar *numerus clausus* én alle tarieven zijn afgeschaft. Dat zou dus in die leer geen deel meer mogen uitmaken van CNUE en UINL. Naar mijn mening een discutabele benadering, onafhankelijkheid en onpartijdigheid raken meer de kern van het notariaat. Toch geeft het wel aan hoe hier en daar over het laten vallen van de *numerus clausus* en de tarieven wordt geoordeeld.

5.10. Het notariaat in het Groothertogdom Luxemburg

5.10.1. *Tarieven voor notariële diensten*

Ook Luxemburg kent een tariefregulering. Deze regeling omvat vrijwel alle notariële diensten, maar het grootste deel van de regeling betreft het vastgoed. Het is een proportioneel degressief tarief met een maximum van € 3000 voor een overdrachtsakte. Ook de vennootschapspraktijk kent proportioneel degressieve tarieven met eveneens een maximum. Overige activiteiten worden veelal op uurbasis gerekend, waarbij er een vast uurtarief is van € 50. Op uurbasis worden bijvoorbeeld afgerekend huwelijksvoorwaarden en de verklaring van erfrecht, welke in Luxemburg een authentieke notariële akte is. Voor vrijwel alle akten geldt een minimumtarief van € 100.

Het tariefsysteem kent ook adviestarieven, dat zijn tarieven die in principe op uurbasis worden berekend maar waar ook een advies voor is gegeven. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de verklaring van erfrecht, die meestal tegen het adviestarief in rekening zal worden gebracht, maar ook op uurbasis kan worden afgerekend als daartoe aanleiding is. De elementen die bij de totstandkoming van adviestarieven een rol hebben gespeeld, zijn de gemiddelde: arbeidsinspanning, het risico, de waarde en de vermogenspositie van een klant.

De tarieven worden door de regering vastgesteld. Sinds 1985 zijn de tarieven niet meer aangepast. Dat de notarissen desondanks niet klagen, komt doordat de prijsstijgingen van het vastgoed aanzienlijk zijn geweest en de vergoeding per akte daarmee ook is gestegen, door de degressieve tarieven weliswaar minder dan de huizenprijzen, maar toch. Bovendien is het aantal transakties ook fors toegenomen, hetgeen de omzet van de notariskantoren ook ten goede komt. Maar bij stagnatie/terugloop van de huizenprijzen en verdere stijging van (arbeids)kosten zou aanpassing van de tarieven wel degelijk aan de orde kunnen zijn. Door de recessie zijn de vastgoedprijzen circa 25% lager en is de omzet⁶¹⁵ van de Luxemburgse notariskantoren circa 30% minder.

Respondent is content met de huidige tariefregeling en is er zeker geen voorstander van om nu bij alle zorg die de recessie voor het publiek met zich brengt, ondanks een teruglopende omzet, in te zetten op tariefsverhoging.

5.10.2. *Toegang tot het ambt van notaris en numerus clausus*

Om tot notaris benoemd te kunnen worden, moet een academische rechtenstudie met goed gevolg zijn voltooid. Dat is dezelfde opleiding die ook bijvoorbeeld advocaten volgen. Daarna komt een specifieke notariële beroepsopleiding van twee jaar, die wordt afgesloten met een examen dat het recht geeft om de titel

615 Juli 2009.

kandidaat-notaris te voeren. In de examencommissie hebben zitting één rechter en vier notarissen.

Ondanks de andersluidende wens van de Europese Commissie, is ook nog steeds de eis van de Luxemburgse nationaliteit voor een notaris in de wet opgenomen.⁶¹⁶

Qua beroepservaring bestaat een eis van twee jaar stage. Die stage wordt parallel aan de beroepsopleiding gelopen. Na het behalen van het examen aan het einde van de twee jaar beroepsopleiding en de gelijktijdig gevolgde stage, gaan de kandidaat-notarissen vaak buiten het notariaat werken, vooral omdat er binnen het relatief kleine Luxemburgse notariaat onvoldoende emplooi is.

Tussen examen en uiteindelijke benoeming ligt vaak zo'n tien tot vijftien jaar. Bij het weer in de notariële praktijk gaan werken, heeft dat als nadeel dat de pas benoemde notaris dan geen recente praktijkervaring in het notariaat heeft. Anderzijds mag het als een voordeel worden beschouwd dat de notaris zijn horizon heeft kunnen verruimen door buiten het notariële ambtsgebied ervaring op te doen. Het resultaat van het examen is niet bepalend voor de volgorde van benoeming.

Benoeming vindt plaats op anciënniteit van examen, mede daarom zal een benoeming binnen de genoemde tien jaar niet voorkomen. De minimumleeftijd om benoemd te kunnen worden, is 25 jaar, maar de geschetste procedure maakt dat de leeftijd bij benoeming veel hoger ligt. De maximumleeftijd tot welke iemand notaris kan zijn, ligt op 72 jaar.

De notaris wordt formeel benoemd bij besluit van de Groothertog, in feite vindt de besluitvorming ter zake binnen de regering plaats. Deze regeling voldoet.

Luxemburg kent ook een maximumaantal standplaatsen. Juni 2009 lag de *numerus clausus* op 36 standplaatsen. De minister van Justitie stelt het aantal voor aan de regering, die het uiteindelijke besluit neemt. In de standplaatsenregeling is voor het laatst in 1982 een wijziging gekomen. Dat betrof geen uitbreiding van het aantal standplaatsen, maar een wijziging van locaties. Door de relatieve ontvolking van het platteland en een toename van het aantal inwoners in de stedelijke agglomeraties, zijn er drie standplaatsen van het platteland overgebracht naar stedelijke gebieden. Vuistregel is dat er circa 12.000 inwoners per notaris moeten zijn. In de stad Luxemburg ligt dat aantal lager, omdat daar een veel grotere aktedichtheid bestaat, met name in de vastgoed- en vennootschapspraktijk.

Er is een nieuwe regeling in voorbereiding, waardoor er via een associatieve mogelijkheid meer notarissen zullen kunnen komen, waardoor de wachttijd mogelijk ook korter kan worden.

616 De Europese Commissie heeft deze kwestie ter beoordeling voorgelegd aan het HvJ EU.

5.10.3. *Exclusieve bevoegdheden van de notaris*

De exclusieve taken die aan de Luxemburgse notarissen zijn toebedeeld, betreffen het vennootschapsrecht, vastgoed en hypotheeken, alsmede het familie- en erfrecht.

De wet geeft een uitzondering op die exclusiviteit en dat betreft de gemeenten en de Staat. Akten waarbij die overheden partij zijn, mogen door hen zelf worden verzorgd. De gemeenten geven er meestal de voorkeur aan om de akten toch door een notaris te laten opmaken en passeren, met name omdat bij veel gemeenten de benodigde expertise ontbreekt. De Staat Luxemburg maakt alle akten zelf op, de Staatssparkasse maakt 50 tot 60% van alle hypotheekakten zelf. Overigens zijn er geen andere beroepsgroepen of instanties die (mede)gerechtigd zijn tot de genoemde monopolies.

Aantal en soort van monopolies zijn al vele jaren onveranderd. Wel zijn de nieuwe rechtsvormen in het vennootschapsrecht ook recentelijk weer aan het notariaat toevertrouwd. Een nieuwer soort akte heeft zich door gewijzigde maatschappelijke verhoudingen een plaats verworven, te weten het samenlevingscontract. Hoewel de meeste van die overeenkomsten via het notariaat gaan, is daarvoor geen monopolie verleend. De Luxemburgse wetgever heeft ervoor gekozen om de exclusieve opdrachten voor het opmaken van akten aan het notariaat toe te vertrouwen om daarmee de rechtszekerheid in voor de samenleving essentiële vakgebieden te bevorderen.

5.10.4. *Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen*

De algemene aard van werkzaamheden van de notaris zorgt op zich al voor rechtspreventie. De Luxemburgse notaris is goed op zijn taak berekend. Door zijn tussenkomst en correcte vastlegging van de rechtsverhoudingen zullen er niet zo gauw problemen ontstaan.

Zijn er toch moeilijkheden, dan kan ook de notaris vaak voorzien in een vorm van mediation en langs die weg de gang naar de rechter alsnog onnodig maken. Door zijn vakkennis en relevante ervaring wordt de notaris ook vaak ingeschakeld bij de afwikkeling van faillissementen, waardoor de boedel voor de rechter eenvoudiger te beoordelen is.

5.10.5. *Publiciteit door een notaris*

Publiciteit voor het individuele kantoor is in zijn algemeenheid niet toegestaan. Derhalve geen reclame in kranten, radio, tv of langs bijvoorbeeld voetbalvelden.

Internetsites mogen wel. Op de sites worden de gegevens en de werkzaamheden van het kantoor vermeld, maar ook wel de bijzondere aandachtsgebieden

van het kantoor en de eventuele specifieke vaardigheden. Vergelijkingen met andere kantoren mogen niet worden gemaakt.

5.10.6. *Samenwerkingsverbanden van notarissen*

Op het moment van schrijven van dit deel van deze bijdrage⁶¹⁷ is het notarissen niet toegestaan binnen een associatie samen te werken. Iedere notaris werkt voor zich. Nieuwe wetgeving is in een vergevorderd stadium van voorbereiding, waardoor er twee nieuwe mogelijkheden bijkomen:

- in de eerste plaats wordt het voor notarissen mogelijk samen te gaan werken binnen één kantoor in één plaats. Bijvoorbeeld zouden dan een notaris uit Clervaux en een notaris uit Echternach kunnen associëren. Gevolg is dan dat zij moeten kiezen voor één van de twee plaatsen en dan daar kantoor houden. De andere standplaats ontvalt hun dan, daar kan alsdan een nieuwe notaris solliciteren;
- een andere nieuwe mogelijkheid is dat kandidaat-notarissen die twee jaar in loondienst werken bij een notaris door de zittende notaris worden gevraagd als associé. De desbetreffende kandidaat-notaris kan dan worden benoemd tot notaris binnen dezelfde standplaats.

In beide gevallen is er dan sprake van samenwerking binnen één standplaats, maar ook delen de notarissen binnen die standplaats het repertorium en hebben zij samen één protocol. Worden in Luxemburg normaliter kandidaat-notarissen op anciënniteit tot notaris benoemd, bij laatstgemelde procedure is dat niet het geval. Daar is het dus in feite de zittende notaris die beslist, waarna de regering/Groot-hertog benoemt. Door de invoering van de nieuwe wet komen er geen standplaatsen bij; wel kunnen er meer notarissen komen binnen hetzelfde aantal plaatsen van vestiging. De verwachting is dat deze nieuwe wettelijke regeling in 2011/2012 zal worden ingevoerd.

Met anderen dan notarissen mag de notaris geen associatie aangaan. Er bestaan goede samenwerkingen met andere professionals, zoals met advocaten en belastingadviseurs, maar dat mag niet binnen één entiteit of andere associatieve vorm gebeuren. De wettelijk voorgeschreven onafhankelijkheid van de notaris verhindert dat.

5.10.7. *Rechtsvorm waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden*

Een notariskantoor mag volgens de huidige regelgeving niet binnen een rechtspersoon uitgeoefend worden. De nieuwe voormelde wetgeving gaat dat echter wel

⁶¹⁷ Juli 2009.

mogelijk maken.⁶¹⁸ De aansprakelijkheid van de notaris mag niet door een rechtspersoon worden beperkt.

De notaris blijft met zijn gehele vermogen aansprakelijk. Als onder de nieuwe wetgeving notarissen binnen één standplaats samenwerken, dan zal de aansprakelijkheid beperkt zijn tot die notaris die de akte heeft gepasseerd.

5.10.8. *Notariële regelgeving in algemene zin*

De Notariswet en andere wetten die specifieke voor de notaris relevante onderwerpen behandelen, worden vastgesteld door de regering en de Groothertog. De Luxemburgse Kamer van Notarissen geeft uitvoeringsregels ten aanzien van de interpretatie van de wet. Omdat die regelgeving door de Kamer interpretaties van de wetgeving betreffen, is daar geen goedkeuring van overheidswege voor vereist. Zou er door het ministerie van Justitie toch anders geïnterpreteerd worden, dan zal overleg en in het zwaarste geval nadere wetgeving volgen. Dat laatste is niet nodig gebleken. Voor de Luxemburgse mededingingsautoriteit is geen rol weggelegd in het traject van de notariële regelgeving.

5.10.9. *Toezicht en tuchtrecht*

Het toezicht op de notarissen is in handen van de Kamer van notarissen. De Kamer laat dat onderzoek verrichten door een accountant. De accountant onderzoekt de boekhouding en de financiële verslaggeving en controleert ook de naleving van de ook in Luxemburg in de wetgeving geïmplementeerde Europese richtlijn ter zake van het witwassen en de financiering van terrorisme. Kwaliteitstoezicht bestaat niet.

De tuchtrechtspraak is toevertrouwd aan de *Conseil des disciplines*, die gevormd wordt door de president van de rechtbank als voorzitter en notarissen als lid. Mogelijke sancties zijn waarschuwing, berisping, geldstraf, schorsing en ontzetting.

Door de kleinschaligheid van het Luxemburgse notariaat en de daarmee samenhangende sterke sociale controle zijn er vrijwel geen tuchtrechtzaken. Als er al wat is, dan wordt dat vaak opgelost door optreden van de president van de Kamer. Het publiek kan bij verschillende instanties zijn klachten over het functioneren van een notaris aanbieden: bij de Kamer van notarissen, bij de ombudsman, bij de minister van Justitie en ook bij het openbaar ministerie. De ombudsman en de minister van Justitie zullen veelal de klacht ter behandeling doorgeleiden naar de Kamer.

618 SA of AG.

5.10.10. *Overkoepelende organisatie van notarissen*

De notarissen zijn verplicht lid van de Kamer van Notarissen (*Chambre des Notaires*). De Kamer is een publiekrechtelijke rechtspersoon,⁶¹⁹ vertegenwoordigt het notariaat in binnen- en buitenland en behartigt de algemene belangen van het notariaat waarbij de korte lijnen zeker bijdragen aan goede resultaten. De Kamer is behulpzaam bij het oplossen van geschillen tussen notarissen onderling evenals tussen notarissen en cliënten. Zij heeft het laatste woord bij declaratiegeschillen en aan de Kamer is ook toevertrouwd het toezicht op de notarissen (zie hiervoor).

De minister van Justitie laat bewust heel veel ter regeling over aan de beroepsgroep zelf. Als de Kamer zorgt voor een ordelijke gang van zaken binnen het notariaat, bijvoorbeeld door het geven van heldere interpretaties van de wetgeving en een effectief toezicht, dan is ook de overheid tevreden. Het notariaat functioneert mede daarom goed en is niet onderwerp van publiek debat. Luxemburg kent, naast de Kamer van notarissen, geen aparte vereniging.

5.10.11. *Aansprakelijkheid en verzekering*

De notaris is ten volle voor zijn beroepsmatige handelen aansprakelijk, de aansprakelijkheid kan op geen enkele wijze worden beperkt.

Om zich tegen de risico's van beroepsaansprakelijkheid in te dekken, is iedere notaris verzekerd tot ten minste € 5.000.000. De grotere kantoren, met name in de stad Luxemburg, hebben een aanzienlijk hogere verzekering, veelal tot € 25.000.000. Als die verhaalsmogelijkheid is uitgeput en ook de notaris geen verder verhaal biedt, dan kan de schade niet op de overheid verhaald worden. Het notariaat heeft niet een fonds gevormd waaruit eventueel onverhaalbare schaden zouden kunnen worden voldaan.

Echt invloed op de regelgeving respectievelijk de interpretatie van de wetgeving hebben verzekeraars niet. Wel is het voorgekomen dat bij verandering van de polisvoorwaarden, zoals aanpassing van de premie, bepaalde werkzaamheden van de dekking werden uitgesloten, zoals dat het geval was bij de werkzaamheden als curator, die door de assuradeurs als bijzonder riskant werden ervaren.

5.10.12. *Nascholing van notarissen*

Er bestaat geen systeem van verplichte bijscholing. Wel geeft/organiseert de Kamer van Notarissen postdoctorale cursussen, zeker in geval van nieuwe wetgeving. Naar aanleiding van de cursus is er veelal vanuit de Kamer van Notarissen contact met het ministerie van Justitie over praktische vragen die zijn opgekomen naar aanleiding van de nieuwe wetgeving. Respondent acht de organisatie rond de

619 Artikel 70 Notariswet.

cursussen niet erg systematisch en is van plan om onder zijn pas⁶²⁰ aangevangen voorzitterschap van de Kamer het aanbod van cursussen te intensiveren en daarbij vooral aandacht te geven aan een praktijkgerichte cursusinhoud.

5.10.13. *Centrale registers*

Het Luxemburgse notariaat heeft geen centrale registers onder beheer. Het huidige centrale testamentenregister ressorteert onder de belastingdienst. De Kamer stelt pogingen in het werk om dat onder haar beheer te krijgen. Ook het huwelijks-goederenregister is in beheer bij de belastingdienst. Het register inzake rechts-personen valt onder het ministerie van Justitie.

De centrale registers zijn niet aangesloten op vergelijkbare registers in het buitenland.

5.10.14. *Lijdelijkheid, ministerieplicht van de notaris en full service*

De notaris verlaat meer en meer zijn oorspronkelijk lijdelijke rol. *Belehrung* en *Beratung* hebben een steeds belangrijker plaats ingenomen. De respondent is van mening dat het notariaat nog best een verdere stap kan zetten en offensiever kan worden in de advisering. Dat geldt zowel voor de individuele notaris, als voor de Kamer ter zake van algemene voorlichting aan het publiek.

De notaris heeft een ministerieplicht, de taken die hem zijn toevertrouwd moet hij ook daadwerkelijk aanbieden. Hij is alleen gerechtigd zijn diensten te weigeren als er sprake is van strijd met de wet, goede zeden of als er sprake is van witwassen of financiering van terrorisme. Voor het overige is er sprake van een full-serviceverplichting. De notaris moet alle gebruikelijke diensten verlenen.

Dat neemt niet weg dat er ook notarissen zijn die in een bepaald gebied van het recht meer dan gebruikelijk gespecialiseerd zijn. De Kamer acht het beter dat juist die notarissen de desbetreffende akten verzorgen en passeren. Dat doet zich bijvoorbeeld voor bij het overdragen van vliegtuigen en het vestigen van hypotheeken daarop. De klant is beter af en de notaris loopt minder risico.

5.10.15. *Plaats van vestiging, standplaats*

Iedere notaris wordt benoemd in een bepaalde plaats van vestiging. De notaris is verplicht binnen die plaats kantoor te houden. Bijkantoren zijn niet toegestaan, evenzo zijn zittingsdagen verboden. Het standplaatsenbeleid is zodanig ingericht dat het notariaat het gehele land dekt.

Iedere notaris is bevoegd in het gehele land akten te passeren, zonder bijzondere voorwaarden ter zake.

620 Voorjaar 2009.

5.10.16. Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding

De notaris heeft een ambtsgeheim. Inbreuk daarop is gemaakt door de wet ter bestrijding van het witwassen en de terrorismebestrijding. In bepaalde in die wet genoemde situaties is de notaris verplicht daarvan melding te maken. Overigens is het ambtsgeheim ook ten aanzien van de Kamer als toezichthoudende instantie, de belastingdienst en het openbaar ministerie absoluut.

Door de verplichte notariële tussenkomst en de oplettende rol van de notaris wordt de criminaliteit teruggedrongen, aldus respondent. De onbeperkte aansprakelijkheid van de notaris zal mede van invloed zijn op de mate van zijn oplettendheid. Vooral op de terreinen van het vastgoed- en vennootschapsrecht speelt de criminaliteitspreventie een belangrijke rol, bijvoorbeeld door de controleplicht van de notaris ter zake van de vereiste vergunningen.

5.10.17. Executoriale titel

De notariële akte vormt alleen dan een executoriale titel als daar door de notaris de volstrekkingsclausule op geplaatst is.

5.10.18. Notaris in loondienst, deeltijdnotaris

Een notaris kan niet in loondienst van een andere notaris werken. Maar ook buiten het notariaat mag hij niet bijvoorbeeld directeur van een willekeurige vennootschap zijn. Hij mag wel aandelen houden in een vennootschap, echter niet in bijvoorbeeld een vastgoed- of bouwbedrijf en ook overigens niet in bedrijven die sterk aan het notariaat gerelateerd zijn.

Een notaris kan niet in deeltijd benoemd worden. De notariskantoren moeten op de algemeen gebruikelijke kantoortijden geopend zijn.

5.10.19. Oudedagsvoorziening en goodwill

Er bestaat geen collectieve oudedagsvoorziening specifiek voor notarissen. De groep is wellicht ook te klein om dat op een voldoende risicospreidende wijze te kunnen regelen. Luxemburg kent wel een collectieve oudedagsuitkering als volksverzekering. Verder is er wel een fonds voor notarissen, ambtenaren en arbeiders dat van geldmiddelen wordt voorzien: door de Staat voor een derde deel, door de werkgever voor een derde deel en door de werknemer een derde deel. De notaris die daarin participeert, neemt dan twee derden van de premie voor zijn rekening, omdat in de notaris de pensioendeelnemer, werknemer en werkgever geacht worden samen te vallen. De totale premie bedraagt circa € 2500 per maand.

Bij defungeren wordt vaak een (beperkte) goodwill betaald door de opvolgende notaris. Krijgt de eerdere notaris een andere plaats van vestiging, dan wordt er in

het algemeen geen vergoeding voor goodwill betaald; de oude notaris kan immers (een aantal van) dezelfde klanten vanuit de nieuwe standplaats (gezien de geringe territoriale omvang van het land) bedienen. Ambt, kaartenbak en akten zijn eigendom van de Staat.

5.10.20. Algemeen

Het notariaat in Luxemburg functioneert goed, er zijn vrijwel geen klachten van het publiek, het ambt is geen onderwerp van publiek debat en er zijn weinig schadegevallen bekend. De korte lijnen tussen publiek, notariaat en overheid zorgen er ook voor dat mogelijke meningsverschillen op de kortst mogelijk termijn in der minne geregeld worden. Kortom, het Luxemburgse notariaat staat er volgens de respondent goed voor en zeker de nieuwe wetgeving zal het notariaat nog weer wat meer eigentijds maken, zodat op nieuwe behoeften (zoals associatie) kan worden ingespeeld.

5.11. Het notariaat in de Republiek Malta

5.11.1. Tarieven voor notariële diensten

Malta kent regulering van de honorering van de notariële diensten. Alle notariële verrichtingen zijn getarifeerd, met uitzondering van de akte die de status van een onroerende zaak vastlegt, die behoort heeft aan een overleden persoon. De notaris is verplicht, bij verkoop, op de opbrengst de successierechten in te houden. Aangezien deze werkzaamheden pas na 1992 aan de notaris zijn opgedragen en de notariële tarieven stammen uit het jaar 1969, was hiervoor geen tarief en is dat later ook niet toegevoegd. Wel heeft de Maltese Notariële Raad een tarief geadviseerd dat een 0,5% belooft van de waarde van het desbetreffende vastgoed.

Behalve het concipiëren en passeren van akten verricht de notaris ook andere werkzaamheden, zoals het geven van juridisch advies, het bijstaan van cliënten bij akten opgemaakt door andere notarissen. Deze werkzaamheden worden in overleg met de cliënt in rekening gebracht. De regeling kent uitsluitend vaste tarieven, met uitzondering van het ene hiervoor genoemde, adviestarief van een 0,5%. De wet van 1969, houdende de tariefregeling voor notarissen geeft procentuele tarieven over de waarde van het desbetreffende belang in de akte bij onder meer:

- de overdracht van vastgoed;
- het vestigen van rechten op vastgoed;
- geldlening- en kredietovereenkomsten;
- huwelijksvoorwaarden;
- doorhaling of wijziging van hypothecaire inschrijvingen;
- akten van verdeling bij echtscheiding;

- erkenning van vaderschap;
- samenwerkingsovereenkomsten;
- testamenten.

De tariefwet geldt totdat de regering de tarieven wil veranderen en de wet daartoe wijzigt. De tarieven zijn echter niet geïndexeerd. De werkzaamheden bijvoorbeeld bij de overdracht van vastgoed zijn enigszins verschoven van de advocaten naar de notarissen, in die zin dat de adviserende rol in het traject vóór het passeren van de akte vroeger veelal bij de advocatuur berustte en nu meer en meer bij het notariaat. De tarieven zijn nog steeds gebaseerd op die vroegere rolverdeling. De Maltese wet die het notarisambt reguleert, geeft aan wat er van de notaris wordt verwacht en wat zijn ambtsplichten zijn. Het standpunt kan verdedigd worden dat de notariële tarieven gelden voor de werkzaamheden die rechtstreeks bij de exclusieve opdracht aan de notaris behoren. Werkzaamheden die daarover heen gaan en die niet behoren tot de door de tariefwet van 1969 aangeduide activiteiten, mogen, zo is de algemene opvatting, extra gedeclareerd worden. Sommige notarissen hebben deze kwestie opgelost door een proportioneel tarief van 1% van de waarde in rekening te brengen bij overdrachten van vastgoed. Met betrekking tot geldleningen en kredietovereenkomsten wordt het tarief van 1969 onverkort gevolgd, daar ligt ook niet de verschuiving van werkzaamheden.

De Notariële Kamer (Raad) is van mening dat de tarieven al lang geleden hadden moeten worden aangepast. Zes jaar geleden heeft de Notariële Kamer daartoe voorstellen aan de minister gedaan. De ministeriële adviescolleges hebben die voorstellen goedgekeurd, maar de minister heeft ze afgewezen. Hij heeft die afwijzing gemotiveerd door te stellen dat er een automatische aanpassing/verhoging in de tarieven zit, doordat er sprake is van een proportioneel procentueel tarief en omdat de prijzen van vastgoed stijgen. Dit argument gaat maar ten dele op, omdat het maximumtarief is gesteld op een waarde van het desbetreffende vastgoed van € 70.000, zodat het tarief gemaximeerd is op een koopsom die in 1969 een totaal ander vastgoedsegment representeerde.

5.11.2. *Toegang tot het ambt van notaris en numerus clausus*

Om notaris te worden op Malta moet men een juridische opleiding aan de Universiteit hebben voltooid. Dat is een vijfjarige studie. Daarna moet een stage op een notariskantoor van ten minste één jaar zijn gevolgd. Voor de toelating tot het notarisambt moet ook een toelatingsexamen met goed gevolg worden afgelegd. De examencommissie bestaat uit een president van een rechtbank of een raadsheer bij de hoge raad, een leidinggevende notaris, een lid van het Hof van Revisie van notariële akten (meestal een gepensioneerde rechter) en twee praktiserende notarissen. Zo'n examen wordt jaarlijks afgenomen, indien er althans in dat jaar een gegadigde is.

De kandidaat mag geen strafblad hebben.

De kandidaat moet voor het genoemde staatsexamen worden voorgesteld door de notaris waar hij zijn stage heeft gelopen. Als de desbetreffende notaris van mening is dat de kandidaat niet klaar is voor het examen, dan heeft hij het recht om te weigeren om de voordracht te doen. De wettelijke eis van een minimumleeftijd van 25 jaar is in 1972 afgeschaft. Echter, door de stapeling van eisen zal het nog steeds, ook zonder wettelijke leeftijdsgrens nog altijd ten minste 25 jaar zijn. Een maximumleeftijd bestaat niet. Een notaris wordt benoemd door de president van de Republiek Malta.

De Kamer van Notarissen acht de eisen en de procedure om tot de benoeming van een notaris te komen adequaat. Het aantal notarissen is echter in relatie tot de omvang van de bevolking niet zodanig, dat er voor de notarissen een zodanige positie bestaat dat gegarandeerd kan worden dat zij in voldoende mate (financieel) onafhankelijk en onpartijdig kunnen zijn met betrekking tot hun cliënten en de verwijzers. Bij de vaststelling van het aantal notarissen zou daar meer rekening mee moeten worden gehouden. Hoewel de wet de mogelijkheid geeft om een *numerus clausus* voor het aantal notariële standplaatsen vast te stellen, is dat nooit gebeurd. Het is aan de minister van Justitie om dat aantal al dan niet vast te stellen.

De Kamer van Notarissen is er voorstander van om voor de benoembaarheid tot notaris een aanvullende notariële opleiding na de academische rechtenstudie verplicht te stellen. Dat zou het aantal aanvragen om tot notaris benoemd te worden zeker verminderen en daarmee ook het aantal notarissen op Malta, hetgeen de onafhankelijkheid van de notaris zou bevorderen.

Het huidige systeem heeft tot gevolg dat een aantal notarissen zo weinig akten passeert, dat zij besluiten hun benoeming tot notaris terug te geven en ontslag te nemen. De akten van deze kortstondige notarissen zijn vaak moeilijk te traceren, omdat zij niet de voorgeschreven procedures volgen van het bij de notariële archieven in bewaring geven van die akten.

5.11.3. *Exclusieve bevoegdheden van de notaris*

De Maltese notaris heeft de exclusieve opdracht tot het opmaken en passeren van onder meer de volgende akten:

- overdracht van vastgoed;
- huwelijksvoorwaarden;
- testamenten;
- geldlening- en kredietovereenkomsten.

De meeste akten worden gepasseerd met betrekking tot vastgoed, commerciële transacties en testamenten. Er zijn geen andere beroepsgroepen of instanties die (eveneens) het recht hebben tot het passeren van de hiervoor als exclusief voor de notaris gemelde werkzaamheden.

In het laatste decennium zijn verschillende veranderingen doorgevoerd. Zo bestaat sinds de invoering van de Trustwet de mogelijkheid van het instellen van een trustfonds waarmee vermogensbestanddelen in geval van overlijden aan personen/instanties worden toegewezen, zonder dat het nodig is daarvoor een testament op te maken. Banken maken uitgebreid reclame voor deze mogelijkheid. Verder heeft de nieuwe Assurantiewet het mogelijk gemaakt om een levensverzekeringsspolis af te sluiten waarbij een begunstigde wordt aangewezen, waardoor het minder vaak nodig is nog een specifieke erfgenaam of legataris aan te wijzen voor een bepaald bedrag.⁶²¹ Ook is van belang het al eerder genoemde voorschrift dat er een bijzondere notariële akte is voorgeschreven in geval van overlijden als er vastgoed tot de nalatenschap behoort. De erfgenamen zijn dan verplicht bij een notaris een akte op te laten maken, waarin staat dat de eigenaar is overleden en hoe de vererving in elkaar zit. De notaris schrijft die akte in het register in en incasseert de verschuldigde successierechten. Voordeel voor de overheid is dat de belastingen veel vlugger worden geïnd en dat daarmee in wezen de notaris het werk van de belastingdienst overneemt en daarmee onbezoldigd belastingontvanger is. Vroeger werden deze handelingen verricht door het *Inland Revenue Department*. Voordeel van de huidige gang van zaken voor het publiek is dat cliënten nu ter zake van de te kiezen route en ook overigens door de notaris vakkundig worden geadviseerd. Notarissen verstrekken verder veel juridische adviezen, overeenkomsten en afwikkelingen van rechtsverhoudingen, alles voor zover dat niet aan de rechterlijke instanties is voorbehouden.

De Kamer (Raad) van Notarissen is van mening dat het Latijns notariële systeem in Malta aan de consument, de overheid en de samenleving in totaal een grote bijdrage aan de preventieve justitie verschaft. Dat is zeker ook het geval bij testamenten, omdat, anders dan bij onderhandse testamenten, geen notariële testamenten zoek raken, de notaris de akten registreert in het testamentenregister en ten slotte het testament zorgvuldig bewaart (behoudens de voornoemde kortstondige notarissen). Ten slotte worden alle notariële akten ter registratie aangeboden binnen vijftien dagen na het verlijden van die akte.

5.11.4. *Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen*

Ook in Malta vermindert de tussenkomst van de notaris door het verschaffen van rechtszekerheid in het rechtsverkeer, de druk op de rechterlijke instanties.

Mediation behoort niet tot het takenpakket van de Maltese notaris. De Maltese Kamer van Notarissen is van mening dat de notaris veel goed werk zou kunnen doen in het veld waarin nu vooral the *Court of Voluntary Jurisdiction* actief is en

⁶²¹ Een methode die in vrijwel alle landen al sinds mensenheugenis gebruikelijk is, maar kennelijk tot voor kort niet in Malta, waardoor de notaris extra werk had in testamenten.

daarmee de druk op de rechterlijke macht verder zou kunnen verlichten, zoals door:

- de benoeming van taxateurs van vastgoed wanneer dit verkocht moet worden door een curator;
- het verifiëren van afrekeningen van administrateurs en curators; en
- het organiseren en houden van openbare verkopen van in beslag genomen of tot een faillissement behorende zaken.

5.11.5. *Publiciteit door een notaris*

Individuele publiciteit en reclame zijn niet toegestaan. Vermeldingen in uitgaven zoals de telefoongids en de gele gids zijn wel toegestaan. Van belangrijke wijzigingen, zoals de verhuizing van het notariskantoor, mag ook door middel van een advertentie worden kennisgegeven, de advertentie mag echter niet groter zijn dan negen bij zes centimeter. Verder mag de naam van de notaris genoemd worden op de website van het kantoor. Een website is daarmee dus kennelijk ook toegestaan. Het Maltese notariaat is tegenstander van schreeuwerige advertenties, de notaris moet een professioneel decorum hoog houden. Het publiek is er niet mee gebaat. De notaris die het meest adverteert hoeft nog niet de beste notaris te zijn, aldus respondenten.

5.11.6. *Samenwerkingsverbanden van notarissen*

Het is notarissen toegestaan om samen te werken binnen één juridische entiteit. Er bestaan dan ook verscheidene associaties van notarissen. Associaties van notarissen zijn ook toegestaan van notarissen in verschillende plaatsen, omdat door de kleinschaligheid van Malta, notarissen niet in een specifieke plaats van vestiging worden benoemd. Ieder is notaris ter standplaats de republiek Malta.

Verder is het aan notarissen toegestaan om een kantoorgebouw te delen met advocaten, accountants en architecten, om zodoende de kosten te delen en te profiteren van de voordelen van schaalgrootte. Iedere beroepsbeoefenaar blijft wel verantwoordelijk voor de werkzaamheden binnen zijn eigen discipline. Respondenten reppen niet over winstverdeling. Er lijken stevige “Chinese walls” te zijn opgetrokken. Deze interdisciplinaire samenwerking geeft de cliënten de voordelen van verschillende diensten onder één dak, hetgeen door een bepaalde categorie cliënten wordt geapprecieerd.

5.11.7. *Rechtsvorm waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden*

In principe is het in Malta mogelijk om een notariskantoor binnen een rechtspersoon uit te oefenen, maar het is in de praktijk nog niet voorgekomen. De

notarispraktijk wordt ugeoefend in een personenvennootschap of geheel voor rekening en risico van één notaris, als eenmanszaak.

5.11.8. *Notariële regelgeving in formele zin*

De volksvertegenwoordiging is de enige instantie die de bevoegdheid heeft om wetten met betrekking tot het ambt van notaris te accorderen. Deze wetten kunnen wel de minister van Justitie machtigen om nadere regels vast te stellen. De Notariswet schrijft voor dat de Kamer van Notarissen en de Regering zullen communiceren ter zake van alle aangelegenheden die het ambt van notaris betreffen. In de praktijk is echter overleg van de regering met de Kamer van Notarissen tamelijk zeldzaam. Uitzondering daarop vormt het overleg met het notariaat over een ingrijpende wijziging van het Land Registratie Systeem. Als deze plannen inderdaad in een wet zouden worden gerealiseerd, dan zou dat een aanmerkelijke verzwaring van de notariële taak met zich brengen.

De Kamer van Notarissen heeft een zeer beperkte regelgevende bevoegdheid. De Notariswet geeft aan dat de Kamer van Notarissen regels mag stellen betreffende haar vergaderingen, de wijze van honorering van de leden van de Kamer en andere regels voor zover die nodig zijn voor het goed functioneren van de Kamer.⁶²² Bovendien behoeven die regels dan ook nog, voor hun rechtsgeldigheid, de goedkeuring (ex ante) van de minister van Justitie.⁶²³

Tot dusver heeft de regering aan de Maltese mededingingsautoriteit nimmer de gelegenheid gegeven om de regulering van het notariaat op mededingingsaspecten te toetsen.

De Kamer van Notarissen, als de instelling die speciaal bij de Notariswet is ingesteld, zou graag meer mogelijkheden hebben om daadwerkelijk het notarisambt nader inhoud te geven, zeker ten aanzien van de disciplinaire aspecten, de vakuitoefening en de organisatie en de financiën van de Kamer van Notarissen.

5.11.9. *Toezicht en tuchtrecht*

De Kamer van Notarissen kan op eigen initiatief of naar aanleiding van een klacht een onderzoek instellen bij een notaris. Daarnaast bestaat er een *Court of Revision of Notarial Acts*, dat is samengesteld uit ex-rechters en advocaten, dat, zonder dat daar een klacht aanleiding toe geeft, iedere zes maanden alle akten van alle notarissen onderzoekt. Op zich een goed systeem, maar helaas werkt dat hof erg langzaam en is er een aanzienlijke achterstand in te inspecteren akten.

Naast het aktenonderzoek heeft het hof ook het recht een onderzoek naar het beroepsmatige optreden van de notaris in te stellen en de bevoegdheid om de

622 Artikel 92 Notariswet.

623 Artikel 93 Notariswet.

desbetreffende notaris voor een bepaalde tijd te schorsen. Ook kunnen als straf geldboetes of ontzetting uit het ambt worden opgelegd. Klanten van een notaris die klachten hebben over diens optreden kunnen daarvoor terecht bij de Kamer van Notarissen, voormeld Hof van Revisie en in geval van fraude of falsificatie van documenten en handtekeningen, bij de politie. Een rapport van bevindingen kan ook worden ingediend bij de procureur-generaal, die zich dan op eventueel verderstrekkende maatregelen kan bezinnen.

De Kamer van Notarissen heeft de minister van Justitie een memorandum aangeboden met het voorstel om de Kamer het recht te verlenen om een notaris, waarvan zij de indruk heeft dat die niet naar behoren presteert, aan een onderzoek te onderwerpen. Verder zou het inspectiesysteem van de notariële akten regelmatig moeten plaatsvinden en uitgevoerd moeten worden door speciaal en voltijds daarmee belaste deskundige inspecteurs. Zoals het voornoemde Hof van Revisie nu werkt, is dat volgens archaïsche methoden, terwijl indien er ergens een probleemgeval wordt geconstateerd, het vele maanden duurt voordat actie wordt genomen.

De Kamer van Notarissen staat in dagelijks contact met de notarissen en is voortdurend goed geïnformeerd over wat er leeft in het notariële veld. Volgens respondenten zouden samenleving en beroepsgroep ermee gediend zijn als de Kamer een uitgebreidere bevoegdheid zou krijgen bij controle en handhaving van een kwalitatieve notariële dienstverlening.

5.11.10. Overkoepelende organisatie van notarissen

Zodra iemand tot notaris is benoemd, is hij *qualitate qua* lid van het Maltese Notarieel College. Dit College is in het leven geroepen bij de Notariswet en heeft een publiekrechtelijke status. Zoals hiervoor vermeld, heeft ook nu al het Notarieel College bevoegdheden tot inspectie van notarissen die onder verdenking van wanpresteren respectievelijk overtreden van de regels staan. Deze organisatie, die wordt vertegenwoordigd door de Kamer (Raad), behartigt ook de belangen van de notarissen. Het Notariële College heeft rechtspersoonlijkheid ingevolge een wettelijke bepaling. Er bestaat geen alternatieve vereniging van notarissen.

5.11.11. Aansprakelijkheid en verzekering

De wet kent geen systeem waarbij de aansprakelijkheid van de notaris op enige wijze kan worden beperkt. Ook een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ontslaat de notaris niet van zijn professionele aansprakelijkheid.

De werkzaamheden van de notaris zijn in de loop van de jaren aanzienlijk omvangrijker geworden. Zo is het bij de overdracht van vastgoed niet meer zoals vroeger de advocaat die tal van recherche- en voorlichtingstaken vervult, maar is het voor 99% de notaris die deze taken op zich heeft genomen en is het niet

meer het lijdelijk opmaken en passeren van de akte van overdracht. De notariële taak is inhoudsvoller geworden, maar daarmee is ook de kans op aansprakelijkstelling vergroot. Het zou goed zijn wanneer op tal van werkterreinen duidelijk zou worden gesteld wat van de notaris wordt verwacht en waar zijn verantwoordelijkheden liggen.

De Staat is niet aansprakelijk volgens enige wettelijke bepaling, maar het wordt niet onmogelijk geacht dat de overheid toch uiteindelijk aansprakelijk zou kunnen zijn, evenals dat het geval wordt geacht te zijn ten aanzien van het Hof van Revisie, dat immers ieder halfjaar alle akten van de notaris moet controleren. Wat als zij, zoals het geval is, zo zeer achterloopt in haar toezichthoudende taak? Er is echter nooit enige aanspraak geweest jegens de Staat of het hof in verband met schade die door een notaris is veroorzaakt. Er bestaat niet een fonds van notarissen dat cliënten schadeloos stelt.

Er bestaat geen verplichting voor notarissen om zich tegen beroepsaansprakelijkheid te verzekeren. Circa zestien jaar geleden heeft de Kamer van Notarissen het initiatief genomen om de notarissen in staat te stellen, en heeft hen daartoe ook aangemoedigd, om zich tegen gemelde risico's te verzekeren; slechts drie notarissen zijn daar destijds toe overgegaan. De kosten van de verzekeringen worden als hoog ervaren, zeker in verhouding tot de relatief lage honoraria van de notarissen, die aanzienlijk achterblijven bij die van de andere Europese notariaten. Toch acht de Kamer het van het grootste belang dat notarissen wel voor een dergelijke dekking zorg dragen en dat dit verplicht wordt gesteld.

5.11.12. Nascholing van notarissen

Er bestaat geen verplichting tot het volgen van postacademische studies. De Kamer van Notarissen is wel in onderhandeling met een juridisch instituut dat juridische bijscholing verzorgt, om gezamenlijk een schema van cursussen voor notarissen op te zetten en te verzorgen.

5.11.13. Centrale registers

Het Maltese notariaat heeft geen centrale registers onder beheer. Alle registers, ook die gerelateerd zijn aan de notariële professie, zijn in beheer bij de overheid.

De Kamer van Notarissen zou het toejuichen als er een Europees Register van testamenten werkelijk actief zou opereren en ook de Maltese testamenten daar ingeschreven zouden worden, respectievelijk het Maltese register daarop aangesloten zou worden. Het zou verplicht moeten worden gesteld om binnen vijftien dagen na het passeren van een testament, dit in het centrale testamentenregister in te schrijven.

Verder zouden volgens respondent ook de Europese landen die geen Latijns notariaat kennen, toch hun testamenten in zo'n Europees register moeten inschrijven, althans hun landelijke register daarop moeten aansluiten.

Het holografische testament zou geheel verboden moeten worden vanwege de grote onzekerheid die de formulering van dergelijke testamenten met zich brengt en vanwege het grote aantal rechtsgedingen die daarvan het gevolg zijn.

Juist de grote ook internationale mobiliteit van de inwoners van de EU maken het goed functioneren van goed op elkaar aansluitende Europese registers steeds gewenster. Zo ook ten aanzien van de hypothecaire leningen. Een Europees register, althans een aansluiting van de nationale registers ter zake, zou ook in die sector gewenst zijn.

5.11.14. Lijdelijkheid, ministerieplicht van de notaris en full service

Respondent geeft aan dat de rol van de Maltese notaris in principe lijdelijk is, hoewel de notaris wel degelijk de akte goed uitlegt en op de juridische gevolgen wijst, maar partijen zijn primair zelf verantwoordelijk voor wat zij ondertekenen. Iedereen kan, volgens respondent, wel stellen de reikwijdte van de akte niet te hebben overzien, maar er is een grens aan datgene wat de notaris aan verantwoordelijkheid kan overnemen.

De verantwoordelijkheid van de notaris speelt ook een rol als er bij de akte publieke belangen zouden worden geschonden, een partij niet handelingsbekwaam of -bevoegd is of wanneer een akte in strijd met wet en/of goede zeden zou zijn; dan is de notaris verplicht om zijn diensten te weigeren.

Voor het overige is hij verplicht de hem bij wet toegekende bevoegdheden ook daadwerkelijk uit te oefenen als daarom gevraagd wordt. De notarissen zijn verplicht om alle gebruikelijke akten aan te bieden (full service). er bestaat echter geen enkel voorschrift dat de notarissen verbiedt zich nader te bekwamen in een bepaald onderdeel van de praktijk. Met de invoering van de hiervoor gemelde, nieuwe wetgeving inzake trust is een aantal notarissen zich daarin gaan specialiseren. Enerzijds heeft een aantal notarissen bij de invoering van de Trustwet zich in die materie in het bijzonder verdiept en daar veel werk van gemaakt, anderzijds was er een aantal notarissen dat tegen hun pensioenleeftijd aanliep en er absoluut geen trek meer in had om zich dat stuk wetgeving (dat bovendien van Angelsaksische aard is) alsnog eigen te maken. Dat zijn verschijnselen binnen een raamwerk van full service. Dat principe wordt overigens nog steeds ten volle omarmd, mede omdat de cliënt vaak zijn vertrouwen in een bepaalde notaris stelt en hij dan ook bij voorkeur door die notaris wordt geholpen voor alle gebruikelijke diensten. Het is echter niet ongebruikelijk dat notarissen met verschillende specifieke vaardigheden in bepaalde zaken collegiaal samenwerken, zoals het ook veelvuldig voorkomt dat notarissen op hun vakgebied de advocatuur bijstaan en adviseren in de behandeling van juridische kwesties waar die advocaten niet zo in thuis zijn.

5.11.15. *Plaats van vestiging, standplaats*

Een notaris wordt niet benoemd in een bepaalde standplaats maar is bevoegd in geheel Malta en alle andere eilanden die behoren tot de Maltese Archipel. Plaats van vestiging is dus de gehele Republiek Malta. Dat is ook niet zo gek als we weten dat de Republiek Malta bestaat uit een groep eilanden met een gezamenlijke oppervlakte van circa 316 km² en een inwonertal van circa 405.165. Het opdelen in standplaatsen heeft men niet nodig geacht. Opvallend is verder dat de Maltese notaris meer dan één kantoor mag houden.

5.11.16. *Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding*

Het ambtsgeheim betreft alle informatie die de notaris heeft verkregen met betrekking tot zijn ambtsuitoefening, zowel wat de inhoud van de akte betreft, als al datgene wat hem ook voor of na de akte daaromtrent bekend is geworden. Het ambtsgeheim is geregeld in de Wet houdende de geheimhoudingsplicht van vrije beroepsbeoefenaren. De notaris die zijn ambtsgeheim schendt, stelt zich bloot aan de straffen die in de genoemde wet daarop zijn gesteld. Verder is hij aansprakelijk voor eventuele schade die door partijen wordt geleden als gevolg van het doorbreken van zijn ambtsgeheim. Inschrijving in de openbare registers van een notariële akte is vanzelfsprekend van de geheimhouding uitgezonderd. Het ambtsgeheim kan ook worden ingeroepen tegenover de belastingdienst, de toezichthouders en het openbaar ministerie. In de sfeer van de strijd tegen het witwassen en de financiering van terrorisme is de notaris wel gehouden te melden.

Door de notariële akte is er een rechtstreekse en aantoonbare vermindering van criminaliteit. De notaris moet partijen identificeren en doet titelonderzoek. Die criminaliteitspreventie speelt niet alleen een rol in de wereld van het vastgoed en de (hypothecaire) leningen, maar ook bij bijvoorbeeld huwelijksvoorwaarden en testamenten. De benodigde rechtszekerheid voor de samenleving in totaal en voor de partijen bij de akte in het bijzonder, maar ook deze aspecten van criminaliteitspreventie, zijn voor de overheid aanleiding geweest om de notaris exclusief bepaalde werkzaamheden toe te vertrouwen.

Het melden van ongebruikelijke transacties is ontleend aan de ook in Malta in wetgeving geïmplementeerde Europese richtlijn. De identificatieplicht was al in de Maltese Notariswet van 1927 opgenomen en zelfs in nog veel oudere wetten die het notarisambt regelden in Malta.

5.11.17. *Executoriale titel*

De notariële akte vormt ook in Malta een executoriale titel.

5.11.18. *Notaris in loondienst, deeltijdnotaris*

Het Maltese notariaat kent de figuur van de notaris in loondienst, hij werkt dan voor rekening van de notaris bij wie hij in loondienst is. De notaris in loondienst is wel de gerechtigde tot de akten (protocolhouder) die hij passeert en draagt daar ook de volle verantwoordelijkheid voor.

Een notaris kan ook in deeltijd werken. Er bestaan geen voorschriften omtrent verplichte openingstijden.

Iedere notaris heeft zijn eigen protocol, zoals dus ook de notaris in loondienst. De informatie aan de cliënt zou nog beter kunnen, nu worden cliënten nog veelvuldig aanvullend geadviseerd door advocaten. De rol van de advocaten bij de notariële akten zou in de akte genoemd kunnen worden, zodat ook duidelijk wordt en blijft waar bepaalde initiatieven vandaan komen.

5.11.19. *Oudedagsvoorziening en goodwill*

Er bestaat geen collectieve oudedagsvoorziening voor notarissen. Wel is het notarissen toegestaan van hun opvolger een goodwill te bedingen voor hun notariële praktijk.

5.11.20. *Algemeen*

In Malta is er voortdurend maatschappelijk overleg/debat over de mate van en de wijze van regulering van onder meer het notarisambt.

5.12. **Het notariaat in het Koninkrijk der Nederlanden⁶²⁴**

5.12.1. *Tarieven voor notariële diensten*

Er bestaat in Nederland een zeer beperkte tariefregeling, vrijwel alle tarieven voor notariële diensten zijn vrij.

De voorzitter van de Kamer van Toezicht⁶²⁵ kan op verzoek van een belanghebbende een notaris opdragen bepaalde ambtelijke werkzaamheden te verrichten tegen een bedrag van maximaal de eigen bijdrage als gemeld in de Wet op de

624 De Nederlandse bijdrage is samengesteld op basis van het door de KNB ingevulde vragenformulier.

625 Artikel 93 Wna. Het toezicht en de tuchtrechtspraak over de notarissen en kandidaat-notarissen wordt uitgeoefend door de Kamers van Toezicht. Elke kamer bestaat uit een voorzitter en vier leden. Voorzitter is de president van de rechtbank van het desbetreffende arrondissement. Eén lid is een kantonrechter, één een inspecteur van belastingen en twee leden zijn (kandidaat-) notarissen.

Rechtsbijstand.⁶²⁶ Dat betreft dan werkzaamheden met betrekking tot testamenten, huwelijks- en partnerschapsvoorwaarden, samenlevingsovereenkomsten, voogdijbenoemingen en notariële akten van scheiding van onverdeeldheden, als uit een onverdeeldheid de kosten van de desbetreffende scheiding niet kunnen worden voldaan. En ten slotte komen ook in aanmerking verklaringen van erfrecht, indien het saldo van de boedel minder bedraagt dan het in artikel 35 van de Wet op de Rechtsbijstand genoemde bedrag van het vermogen van een alleenstaande.

Voor het overige zijn de tarieven geheel vrij. Vanaf de invoering van de nieuwe Wet op het notarisambt in 1999 zijn de toen vaste tarieven in drie jaarlijkse stappen vrijgemaakt. Via sites als bijvoorbeeld www.degoedkoopstenotaris.nl⁶²⁷ is bekend welke notarissen de laagste tarieven hanteren. Er zijn met name in het particuliere notariële werk veel cliënten die zich bij de keuze van de notaris vooral door de prijs laten leiden. Zeker ook al omdat de andere criteria moeilijk meetbaar zijn door een tekort aan transparantie en onvoldoende kennis en inzicht bij de cliënten.

5.12.2. *Toegang tot het ambt van notaris*

Om tot notaris te kunnen worden benoemd, moet een universitaire juridische opleiding in het notarieel recht met goed gevolg zijn afgesloten. De duur van zo'n studie bedraagt minimaal vier jaar, maar wordt vaak langer.

Daarna is er nog een driejarige notariële beroepsopleiding, tijdens welke periode tevens op een notariskantoor gewerkt moet worden. Ook deze beroepsopleiding wordt met een examen afgesloten. De totaal verplichte stageduur bedraagt zes jaar.

De kandidaat moet van onbesproken gedrag zijn en een positieve verklaring kunnen overleggen volgens de wet justitiële en strafvorderlijke gegevens.

Verder is de Nederlandse nationaliteit vereist om tot notaris benoemd te kunnen worden. De Nederlandse regering heeft zich verzet tegen de stelling van de Europese Commissie dat de notaris niet met overheidsgezag zou zijn belast en heeft beargumenteerd verklaard dat volgens Nederland de notaris wel degelijk met overheidsgezag is belast en dat derhalve de nationaliteitseis gesteld mag worden. Ook het Koninkrijk der Nederlanden is daarover in procedure bij het HvJ EU.

De *numerus clausus* is bij de Wna van 1999 afgeschaft. Tot 1999 was er een dynamische *numerus clausus*, het aantal standplaatsen werd meermalen per jaar aangepast, in die zin dat er een standplaatsencommissie was als onderdeel van de KNB, die de minister van Justitie voorstelde om ergens een nieuwe standplaats te openen. Dat voorstel was dan gebaseerd op het aantal inwoners, het aantal akten per notaris in de desbetreffende plaats, de economische omstandigheden, de nieuwbouwplannen en andere relevante omstandigheden. Sinds 1999 is de *nume-*

626 Artikel 35 lid 3d.

627 Een commercieel initiatief van buiten het notariaat.

rus clausus geheel afgeschaft, bestaat ook de standplaatsencommissie niet meer en moet iemand die tot notaris wil worden benoemd zelf een ondernemingsplan indienen. Uit dat ondernemingsplan moet duidelijk blijken dat de sollicitant na een termijn van drie jaar een levensvatbaar notariskantoor in een bepaalde plaats van vestiging zal kunnen voeren. Ook moet blijken dat hij over voldoende middelen beschikt om een notariskantoor te houden dat in overeenstemming is met de eisen van het ambt.⁶²⁸

Er is in december 2009 een wetsvoorstel ingediend bij het parlement tot wijziging van de Wna, onder meer inhoudende een persoonstoets in de vorm van een assessment/psychologische test, zoals ook nu al bij de toegang tot de rechterlijke macht gebruikelijk is.

Door de stapeling van eisen van een academische opleiding en een zesjarige stage zal een kandidaat-notaris toch minimaal 28 à 29 jaar zijn voordat een benoeming tot notaris kan volgen. De maximumleeftijd tot waarop iemand notaris kon zijn, was tot voor kort 65 jaar, maar die maximumleeftijd is inmiddels verhoogd naar 70 jaar. De notaris wordt benoemd bij Koninklijk Besluit.

5.12.3. *Exclusieve bevoegdheden van de notaris*

De werkzaamheden die aan de Nederlandse notaris exclusief zijn opgedragen, zijn talrijk, bijvoorbeeld:

- partnerschaps- en huwelijksvoorwaarden;
- oprichtingen van nv, bv, stichting, vereniging, coöperatieve vereniging en onderlinge waarborgmaatschappij;
- statutenwijziging, splitsing en fusie van de gemelde rechtspersonen; overdracht en uitgifte van aandelen in de bv en de nv (voor zover niet ter beurse verhandeld);
- vrijwel alle akten met betrekking tot vastgoed, zoals levering, ruil, vestiging van kwalitatieve rechten en andere beperkte rechten, openbare verkopen, mandeligheden, splitsing in appartementsrechten, erfpacht, huurkoop, hypotheken, opstalrecht;
- testamenten;
- verklaringen van erfrecht;
- boedelbeschrijving voor zover de kantonrechter opgedragen;
- hypotheekrecht op zeeschepen;
- verzegeling en ontzegeling;
- tal van werkzaamheden uit hoofde van de kadasterwet;
- andere minder voorkomende handelingen.

628 Artikel 7 Wna.

Behalve de gemelde exclusief aan de notaris opgedragen taken is de notaris steeds vaker adviseur op tal van rechtsgebieden, zoals inzake estate planning en assistentie bij projectontwikkeling van vastgoed.

De gemelde exclusieve taken zijn ook echt exclusief, in die zin dat andere professionals (zoals advocaten) tot die taken niet bevoegd zijn.

5.12.4. *Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen*

Door de deskundige en waarheidsgetrouwe vastlegging van de rechtsverhoudingen van partijen in een notariële akte wordt de gang naar de rechter ter beslechting van geschillen tussen partijen in veel gevallen overbodig. Dat effect zou nog verhoogd kunnen worden door echtscheidingsbemiddeling aan de notaris toe te wijzen. In concurrentie met professionals uit andere vrije beroepen zijn er al verscheidenen notarissen die zich bezighouden met mediation. Er bestaat ook een vereniging van notarissen en kandidaat-notarissen ter zake van mediation.

5.12.5. *Publiciteit door een notaris*

De regels met betrekking tot publiciteit door een notaris zijn weliswaar opgerekt, maar zijn zeker niet onbeperkt. De publiciteit wordt geregeld in de Verordening beroeps- en gedragsregels.⁶²⁹ Daarin wordt onder meer geregeld dat:

- de publiciteit in overeenstemming moet zijn met de zorgvuldigheid die een behoorlijk notaris betaamt;
- de notariële diensten niet mogen worden vergeleken met die van andere notarissen, tenzij het representatieve en verifieerbare elementen betreft en de publiciteit niet misleidend is;
- de notaris mogelijke opdrachtgevers, niet zijnde cliënten, niet rechtstreeks mag benaderen, behoudens voor zover dat schriftelijk geschiedt aan een groep geadresseerden;
- specialistische deskundigheid mag niet tot uitdrukking worden gebracht, tenzij die kennis op grond van verworven kennis en ervaring aannemelijk is;
- de publiciteit volledig, duidelijk en ondubbelzinnig moet zijn, ook moet duidelijk zijn welke verschotten en eventuele andere kosten naast het tarief verschuldigd zijn;
- het niet toegestaan is te volstaan met het vermelden van minimumtarieven;
- de notaris gebonden is aan de tarieven die hij heeft gepubliceerd;

629 Verordening door de KNB van 21 juni 2000, Stcrt. 2000, 182, goedgekeurd door de staatssecretaris van Justitie bij brief van 15 september 2000, nader goedgekeurd door de minister van Justitie bij brief van 27 februari 2003. Deze verordening is gebaseerd op artikel 61 Wna.

- de notaris geen melding mag maken van door hem beklede functies waarin hij benoemd is door de rechterlijke macht, functies in de rechterlijke macht of functies die hij bekleedt of heeft bekleed in een van de organen van de KNB.

Inmiddels heeft het bestuur van de KNB besloten het voorstel van de werkgroep over te nemen en om als branche aan te sluiten bij de Stichting Reclame Code.⁶³⁰ Op 23 juni 2010 heeft de ledenraad daarmee ingestemd. Voor specifieke branches, zoals ook het notariaat, kan een specifieke code worden toegevoegd. De regels over reclame in de Verordening beroeps- en gedragsregels komen te vervallen, hiervoor in de plaats komt een nieuwe verordening, te weten de Reclame Code.⁶³¹

5.12.6. Samenwerkingsverbanden, rechtsvormen waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden en interdisciplinaire samenwerking

Het is de notaris toegestaan met één of meer notarissen samen te werken binnen één juridische entiteit. Dat is ook toegestaan met notarissen in andere standplaatsen. Notarissen mogen daarnaast ook samenwerken met:

- advocaten die lid zijn van de Nederlandse Orde van Advocaten;
- fiscaaljuristen of fiscaaleconomen die lid zijn van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs;
- in het buitenland wonende beoefenaren van de hiervoor gemelde beroepen, mits zij onderworpen zijn aan een tuchtrecht en een adequate beroepsaansprakelijkheidsverzekering hebben.

De interdisciplinaire samenwerkingsverbanden moeten per discipline staaksgewijs zijn georganiseerd en de notaris:

- moet het binnen zijn staak voor het zeggen hebben;
- moet onafhankelijk zijn en de onafhankelijkheid van de notaris in de praktijkuitoefening moet onbetwist zijn;
- houdt de volle verantwoordelijkheid over zijn beroepsuitoefening en verder:
- is een verwijzingsplicht binnen het samenwerkingsverband verboden;
- mag de notariële praktijk niet afhankelijk worden van de kantoorgenoten van andere discipline(s);
- is onderworpen aan nog meer regels die de zuiverheid van de verantwoordelijkheid en onafhankelijkheid van de notaris nader stipuleren.

Voordat het samenwerkingsverband mag worden aangegaan, moet toestemming worden aangevraagd bij en verkregen van het bestuur van de KNB. Tussen het

⁶³⁰ De beleidsnotitie van het bestuur van de KNB van voorjaar 2010: In transitie, een beleidsrichting voor de komende tijd, p. 7 en 14.

⁶³¹ Notariaat Magazine, editie 7-8, jaargang 10, p. 36.

notariaat en de andere kantoordisciplines moet met zogenoemde “Chinese walls” worden gewerkt: aparte dossiers, aparte zaken- en dossieradministratie, aparte archieven. Uitsluitend het notariaat heeft toegang tot de notariële archieven, akten enzovoort.

Notariële praktijken worden veelal uitgeoefend als eenmanszaak, in maatschapverband, binnen een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid of een naamloze vennootschap en met name door de internationale interdisciplinaire kantoren binnen de *Limited Liability Partnership* (LLP).⁶³² Een heel goed alternatief daarvoor binnen het *civil law*-systeem is de Franse *Société Civile Professionnelle* (SCP) en sinds kort worden ook praktijken gedreven als Coöperatieve Vereniging.

5.12.7. Notariële regelgeving in formele zin

De Wet op het notarisambt is vastgesteld door regering en parlement. De talloze verordeningen zijn vastgesteld door de KNB. Verordeningen worden door het bureau van de KNB voorbereid, door het bestuur voorgesteld en door de ledenraad vastgesteld. De verordeningen behoeven de goedkeuring (ex ante) van de minister van Justitie, voordat zij rechtskracht verkrijgen en worden gepubliceerd in de Staatscourant.⁶³³ De NMa heeft geen rol in dit proces. De KNB is tevreden met de huidige regelgeving ter zake van de totstandkoming van verordeningen.

5.12.8. Toezicht en tuchtrecht

Het toezicht op het notariaat in Nederland wordt onder meer uitgeoefend door het Bureau Financieel Toezicht.⁶³⁴ Dat betreft toezicht op de financiële administratie en de naleving van andere wettelijke voorschriften, verordeningen en de Wwft (de geïmplementeerde richtlijn uit Brussel tegen het witwassen en de financiering van terrorisme).

In de voorstellen tot wijziging van de Wna is ook een toetsing op de kwaliteit van de notariële dienstverlening opgenomen. Juist na de vrijlating van de tarieven

632 Een rechtspersoon van Angelsaksische snit, die zich kenmerkt door fiscale transparantie (zoals ook bij een maatschap), met wel rechtspersoonlijkheid en toch ook beperkte aansprakelijkheid. Deze rechtspersoon vertoont veel overeenkomst met de Franse SEL, de *Société d'Exercice Libéral*, die dezelfde hoofdkenmerken heeft als de LLP.

633 Met de inwerkingtreding van de Wet elektronische bekendmaking op één januari 2009, wordt de Staatscourant inmiddels nog uitsluitend digitaal beschikbaar gesteld.

634 Het BFT, een zelfstandig bestuursorgaan, is ingesteld bij de Wna in 1999 en is daar geregeld in de artikelen 110 e.v. Wna. Het BFT is een voortzetting van het vroegere Bureau van Bijstand, een door het notariaat zelf in het leven geroepen en gefinancierd toezichtsorgaan over de financiën van de notaris. Het BFT wordt sinds de Wna 1999 van geldmiddelen voorzien door het ministerie van Justitie aan wie ook regelmatig wordt gerapporteerd. Het bestuur van het Bureau is belast met de algemene leiding. Het bestuur kent daaronder (thans 2011) een tweehoofdige directie.

en de (dreigende) erosie van de kwaliteit, is een toezicht daarop meer dan ooit nodig. Die toetsing wordt door de KNB uitgevoerd.

De tuchtrechtspraak is in handen van de Kamers van Toezicht,⁶³⁵ die nu die taak nog combineren met toezicht. Dat laatste zal bij wetswijziging verdwijnen. De Kamers kennen de volgende strafmogelijkheden: waarschuwing, berisping, schorsing voor maximaal zes maanden en ontzetting uit het ambt. Het publiek kan klachten deponeren bij de Kamers van Toezicht. Naast het eerder genoemde toezicht dat berust bij het BFT heeft de wet toch vooral het allesomvattende toezicht op de notarissen toebedeeld aan de Kamers van Toezicht. Het ligt in de bedoeling om bij aanstaande wijziging van de Wna⁶³⁶ een scheiding tussen toezicht en tuchtrecht aan te brengen.

5.12.9. *Overkoepelende organisatie van notarissen*

Het Nederlandse notariaat is georganiseerd in de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, de KNB. Tot 1 oktober 1999 was de KNB georganiseerd als een privaatrechtelijke vereniging en was de naam in de afkorting ook al KNB, maar die afkorting stond destijds voor Koninklijke Notariële Broederschap. In de Wna 1999 is ook de private rechtspersoonlijkheid van de KNB veranderd in een publiekrechtelijke (ze is een PBO geworden⁶³⁷). Bij amendement is de doelstelling veranderd, in die zin dat de KNB zich uitdrukkelijk niet meer mag bezighouden met de belangenbehartiging van haar leden, te weten de (kandidaat-)notarissen.

Wat wel tot haar doel behoort, is de bevordering van een goede beroepsuitoefening door haar leden en van hun vakbekwaamheid.⁶³⁸ Haar taak omvat tevens de zorg voor de eer en het aanzien van het notarisambt. Om dat doel te bereiken kunnen bij verordening beroeps- en gedragsregels worden gesteld. En die zijn er ook op vele terreinen tot stand gekomen. Actueel is nu ook de (nadere) vaststelling van regels betreffende vakbekwaamheid en kwaliteit.

De KNB is van mening dat zij niet is aan te merken als een ondernemersvereniging in de zin van VWEU en Mededingingswet en dat zij ook derhalve niet onderhevig is aan de mededingingsregels.

635 De Kamers van Toezicht zijn geregeld in de Wna in de artikelen 93 e.v. Per arrondissement is er één Kamer van Toezicht. Het ligt in de bedoeling om bij aanstaande wetswijziging het aantal Kamers van negentien terug te brengen naar vijf. De Kamers bestaan uit de president van de rechtbank, een kantonrechter, een inspecteur van belastingen en twee (kandidaat-)notarissen. Hoger beroep is er bij de Notariskamer bij het Hof Amsterdam.

636 De wijzigingsvoorstellen op de Wna zijn eind 2009 aan het parlement aangeboden en inmiddels (maart 2011) door de Tweede Kamer aangenomen.

637 Artikel 60 Wna geeft aan dat de KNB een openbaar lichaam is in de zin van artikel 134 Grondwet.

638 Artikel 61 Wna.

Nederland kent naast de KNB nog een aantal specialistenverenigingen van notarissen⁶³⁹ en sinds kort ook een algemene vereniging van (kandidaat-)notarissen, de NBVN, die nadrukkelijk ook de belangen van (kandidaat-)notarissen wil gaan behartigen.

Naar de mening van de KNB voldoet de huidige regeling ter zake. Zij acht het passend dat het notariaat met deze organisatiewijze een zekere mate van autonomie behoudt.

5.12.10. *Aansprakelijkheid en verzekering*

De notaris is en blijft persoonlijk aansprakelijk voor zijn beroepsuitoefening. Hij mag weliswaar zijn ambt uitoefenen binnen een rechtspersoon, bijvoorbeeld een bv of nv, maar dat heft niet zijn persoonlijke beroepsaansprakelijkheid op.

De notaris is verplicht zich voldoende te verzekeren tegen vermogensschade als gevolg van aansprakelijkheid, ongeacht uit welke hoofde deze aansprakelijkheid kan ontstaan.⁶⁴⁰ De KNB heeft een beroepsaansprakelijkheidsverzekering afgesloten tot een bedrag van € 25.000.000 per notaris per jaar met een maximum van twee maal dat bedrag per notaris per jaar. Veel, vooral de grote kantoren hebben daarboven individueel hogere bedragen verzekerd.

Het is nog niet voorgekomen dat de Nederlandse overheid aansprakelijk is gesteld voor beroepsfouten van notarissen als de verzekeringsdekking overschreden zou worden. Wel heeft zich dat voorgedaan ten aanzien van een failliet deurwaarderskantoor en is de Staat ook inderdaad voor (een deel van) de schade opgedraaid. De notarissen lijken op dat punt niet principieel van deurwaarders te verschillen.

Verder bestaat er, zoals elders al vermeld, een Stichting Voorzieningsfonds van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, welke stichting tot doel heeft in het algemeen belang het aanzien van het notariaat te bewaken, door te bevorderen dat het vertrouwen dat het publiek in het notariaat pleegt te stellen hoog wordt gehouden. Dat doel tracht de stichting onder meer te bereiken door het geheel of gedeeltelijk herstel van door cliënten van een notaris geleden schade, doordat deze in gebreke is gebleven. Niemand kan echter enige aanspraak jegens de stichting doen gelden. De stichting heeft regelmatig (onverplicht) bijstand verleend, schade helpen herstellen en gedupeerden gecompenseerd.

De beroepsverzekeraar heeft niet een regelmatige en rechtstreekse invloed op de notariële beroeps- en gedragsregels. Hoewel bijvoorbeeld de mogelijke schade die zat ingebakken in het wettelijke systeem van passeren, inschrijven in het kadaster en raadplegen van bezwaardheid van bijvoorbeeld beslagen op vastgoed,

639 Specialistenverenigingen bestaan er bijvoorbeeld ter zake van het agrarisch recht, de estate planning en mediation.

640 Artikel 15 Verordening beroeps- en gedragsregels.

wel is verminderd door de regelgeving naar aanleiding van het Baarns Beslag. De verzekeraars hebben zeker op die regelgeving aangedrongen en hebben in hun verzekeringsvoorwaarden ook de nakoming daarvan bevorderd, door te stellen dat notarissen die zich niet aan die regelgeving houden ter zake niet verzekerd zijn.

De KNB acht het huidige systeem van aansprakelijkheden en verzekering van de risico's daarvan adequaat.

5.12.11. Nascholing van notarissen

Het notariaat kent een systeem van verplichte nascholing. Een (kandidaat-)notaris voldoet in beginsel aan deze verplichting als hij telkens binnen twee jaar een door het bestuur van de KNB vast te stellen aantal opleidingspunten behaalt. Thans bedraagt dat aantal punten veertig. Voor een kandidaat-notaris geldt de verplichting tijdens de stage twintig vakinhoudelijke en twintig managementpunten te halen. Na de stage wordt de soort cursussen niet meer voorgeschreven, wel moeten de cursussen door de KNB zijn goedgekeurd. Bij die goedkeuring wordt dan tevens het aantal te verdienen punten per cursus vastgesteld.

De KNB zelf verzorgt jaarlijks een groot aantal cursussen, maar ook universiteiten, de SBN en commerciële instellingen verzorgen een veelheid van cursussen op een breed vakgebied. Cursussen betreffende praktijkonderwerpen die bij wet veranderd zijn of spoedig veranderd gaan worden, zoals enige jaren geleden het erfrecht, kunnen zich in de grootste belangstelling verheugen.

De KNB acht de regeling adequaat, zij het dat er meer aandacht en mogelijkheden zouden moeten komen voor e-learning. Kwaliteitsbewaking in een snel veranderend veld van wet- en regelgeving maakt voortdurende studie van het grootste belang. Als iemand niet aan zijn studieverplichting voldoet, kan dat aan de Kamer van Toezicht worden gemeld en kan dat tuchtrechtelijke gevolgen hebben.

5.12.12. Centrale registers

De KNB heeft het beheer over het landelijke Centrale Testamentenregister (CTR). Er bestaat geen aansluiting op de testamentenregisters in andere landen. De KNB heeft de indruk dat een zodanige aansluiting een kostbare aangelegenheid zou zijn, mede door de risico's van interpretatieproblemen van vreemd recht.

Voor het overige heeft de KNB geen centrale registers onder haar beheer. Het CTR was tot voor kort in beheer bij het ministerie van Justitie.

5.12.13. Lijdelijkheid, ministerieplicht en full service van de notaris

De notaris heeft zijn eigen verantwoordelijkheid voor de zaken die hij in behandeling neemt. Hij moet bijvoorbeeld nagaan of er geen sprake is van een ongebruikelijke transactie of dat er geen belangen van partijen of derden worden geschaad.

In Nederland wordt van de notaris een belangrijke rol verwacht ten aanzien van de *Belehrung* en ook aanvullende advisering. De rechtspraak is daar duidelijk over.⁶⁴¹ De KNB acht dit een goede ontwikkeling: een notaris die zich niet met zorg kwijt van zijn informatieplicht heeft, zeker in de 21ste eeuw, onvoldoende toegevoegde waarde.

De notaris heeft een ministerieplicht, tenzij hij op grond van wettelijke bepalingen of andere regelingen een dienst moet weigeren. Ook als een partij niet in staat is zijn wil te bepalen, verandert de ministerieplicht in een verplichting tot dienstweigeren. Denkbaar is volgens respondent dat in een zich verder liberaliserend notariaat een ministerieplicht niet meer onverkort wordt gehandhaafd en als achterhaald beschouwd gaat worden.

De ministerieplicht verhoudt zich in toenemende mate moeizaam tot een aan zo veel marktwerking onderworpen notariaat. De afstanden (tot de volgende notaris) zijn in Nederland ook gering, waardoor alle diensten onder bereik van ieder zullen blijven. Maar thans is nog ieder notariskantoor verplicht alle gebruikelijke notariële diensten aan te bieden. Binnen een kantoor met meer notarissen mag een notaris zich wel specialiseren. Respondent acht, afhankelijk van de ontwikkelingen, enige versoepeling voor de hand liggend.

5.12.14. *Plaats van vestiging, standplaats*

De notaris wordt benoemd bij Koninklijk Besluit, in het besluit wordt de plaats van vestiging aangegeven.

De notaris is bevoegd buiten zijn plaats van vestiging ambtelijke handelingen te verrichten, mits op het grondgebied van Nederland.⁶⁴² Het verrichten van die handelingen buiten de plaats van vestiging mag slechts een incidenteel karakter hebben.⁶⁴³

De notaris mag evenwel buiten zijn standplaats geen bijkantoren vestigen. Met het systeem van toewijzing van plaatsen van vestiging beoogt de wetgever een landelijke spreiding van notarissen te behouden. Tot dusver is dat altijd gelukt en nu er geen *numerus clausus* meer is, gaat men ervan uit dat de aspirant-notarissen wel een zodanige plek zullen kiezen, dat daar in voldoende mate notariële omzet te behalen is, hetgeen een *conditio sine qua non* is voor een benoeming in die

⁶⁴¹ Bijvoorbeeld de Groninger huwelijksvoorwaarden HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766 m.nt. Luijten, met dat arrest is definitief de opvatting verlaten dat de notaris kan volstaan met een zakelijke opgave. Daarmee behoort de informatie van cliënten definitief tot de *core business* van de notaris. Die ontwikkeling is gevolgd en nader ingevuld door de arresten HR 18 december 1992, NJ 1994 m.nt. Luijten (Dicky trading I), HR 26 januari 1996, NJ 1996 m.nt. Kleyn (Dicky trading II), Hof Amsterdam Notariskamer 22 juli 2004, LJNAQ 4770 (Postordernotariaat), besproken door Waaijer in WPNR 04/6589 e.a., de informatieplicht van de notaris behoort tot het vaste en verplichte instrumentarium van de notaris.

⁶⁴² Artikel 13 Wna.

⁶⁴³ Kamerstukken II 23 706, nr. 3, p. 23 (MvT).

gemeente. Immers, in het in te dienen ondernemingsplan moet men dat in voldoende mate aantonen.

5.12.15. *Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding*

De notaris is, voor zover niet bij of krachtens wet anders is bepaald, ten aanzien van al hetgeen waarvan hij uit hoofde van zijn werkzaamheid als zodanig kennisneemt, tot geheimhouding verplicht. Diezelfde verplichting geldt ook voor de personen die onder zijn verantwoordelijkheid werkzaam zijn. Het ambtsgeheim blijft ook bestaan na beëindiging van het ambt of van de betrekking waarin de geheimhouders hun werkzaamheid hebben verricht. Nu geldt het ambtsgeheim ook ten opzichte van toezichthoudende instanties, Belastingdienst en Openbaar Ministerie.

De rechter kan de notaris opdragen zijn geheimhouding te doorbreken als daar zwaarwegende gronden voor aanwezig zijn. Bij de voorgenomen wijziging van de Wna zal de geheimhoudingsplicht ten aanzien van bepaalde instanties hoogstwaarschijnlijk enigermate versoepeld worden. Uit hoofde van de Wwft moet de notaris nu al ongebruikelijke transacties melden.

Het ambtsgeheim vindt zijn oorsprong in de maatschappelijke behoefte aan bescherming van de privacy van cliënten, zeker waar het vertrouwelijke onderwerpen betreft die behoren tot het vakgebied van de notaris. Ook bescherming tegen te grote belangstelling van de overheid is een argument.

5.12.16. *Executoriale titel*

Ook in Nederland vormt de notariële akte een executoriale titel.

5.12.17. *Notaris in loondienst, deeltijdnotaris*

Thans kan een notaris nog niet in loondienst werken van een andere notaris. Een wetsontwerp dat die rechtsfiguur mogelijk zou maken, is na commentaar in de Senaat aangehouden.

In het in december 2009 aan het parlement aangeboden wetsvoorstel met wijzigingen Wna komt ook de rechtsfiguur van de toegevoegde notaris voor. Nu is het nog niet zo dat binnen één protocol twee notarissen (gelijktijdig) werkzaam kunnen zijn. Wel kan een andere (kandidaat-)notaris een notaris vervangen en voor hem waarnemen, maar dan is de 'echte' notaris ten tijde van de waarneming niet bevoegd. Bijvoorbeeld voor jonge ouders die kandidaat-notaris zijn in de periode met kleine kinderen is het een prima oplossing om in een overgangsperiode toegevoegd notaris te worden. Maar dat is het ook voor mannen en vrouwen op meer structurele basis, als zij geen belangstelling hebben voor de zorgen die het werken voor eigen rekening en risico met zich brengt. Als het voorstel door het

parlement wordt aangenomen, geeft dit meer en flexibeler mogelijkheden om in het notariaat werkzaam te zijn. Een notaris kan in deeltijd werken als hij daaraan de voorkeur geeft, maar dat komt in het Koninklijk Besluit inhoudende de benoeming tot notaris niet tot uiting. De notaris wordt (voltijds) benoemd. Maar men kan ervoor kiezen meer met een waarnemer te werken. Tegenwoordig komt het ook voor dat twee notarissen zich samen laten benoemen in dezelfde plaats van vestiging en soms genoeg nemen met een wat lager inkomen door beide in deeltijd te werken.⁶⁴⁴

5.12.18. *Oudedagsvoorziening en goodwill*

Nederland kent een notarieel pensioenfonds, waar alle (kandidaat-)notarissen verplicht in participeren. Toen er een maximumleeftijd werd ingevoerd voor de notarissen werden vanaf dat moment alle notarissen van de pensioengerechtigde leeftijd ook inderdaad pensioengerechtigd, eveneens diegenen die daar nooit voor hadden betaald. Dat legde een forse claim op de hoogte van enerzijds de premies en anderzijds de uitkeringen. Behalve een pensioen- en weduwnuitkering, kent het fonds ook een arbeidsongeschiktheidsdekking. Het fonds is op solidariteit gebaseerd en is enigermate flexibel toe te passen, in die zin dat een pensioengerechtigde keuze heeft in de ingangsdatum en tussen varianten. Door het betrekkelijk lage niveau van de pensioenuitkering ten opzichte van het inkomen van een gemiddelde notaris is er brede kritiek op het verplichte karakter van het systeem. Het is toegestaan een goodwill van de opvolger te bedingen.⁶⁴⁵

5.12.19. *Algemeen*

Het notariaat in Nederland is na de inwerkingtreding van de Wna, en geïntensiveerd door de recessie, heftig in beweging. De staatssecretaris van Justitie heeft verklaard geen steunmaatregelen vanwege de recessie te overwegen en zeker ook

644 Door recessie en daarmee verband houdende teruglopende omzetten, wordt dat hier en daar herovertogen en wordt in opgevallen plaatsen van vestiging soms niet meer voorzien.

645 Omdat een kandidaat-notaris ook een nieuwe plaats van vestiging mag aanvragen, is de goodwill van met name solitaire kantoren vaak beperkt, zeker in een tijd van recessie. De goodwill is dan vaak meer gekoppeld aan de persoon van de overdragende notaris en bij diens afscheid is (een deel van) die goodwill weg. Bij associatieve kantoren met goede resultaten is het vaak aantrekkelijk om daarin te participeren (echter mogelijk ook minder in economisch slechte tijden) en dan wordt vaker een goodwill bedongen, hetzij in de vorm van een som ineens, hetzij in de vorm van een ingroeiregeling. In tijden van recessie zullen nieuwe toetreders, als ze al durven toe te treden en als de associatie al een vrijgekomen plaats wil invullen, eerder kiezen voor een ingroeiregeling. Immers, dan wordt er niet betaald op basis van de successen uit het verleden, maar op basis van de resultaten in de eerste jaren na de toetreding. Enige zorg mag er anno 2011 zijn voor die notarissen die kort voor de crisis een mogelijk te forse goodwill hebben betaald op basis van het verleden en die tijdens de recessie geconfronteerd worden met een erg tegenvalende kantooromzet (ADP).

niet terug te willen gaan naar een systeem van tariefregulering. Een ingrijpende wijziging van de Wna is, zoals gezegd, in december 2009 aan het parlement aangeboden. De KNB heeft een discussieronde over de toekomst van het notariaat afgerond. Het laatste woord over het ontbreken van een tariefregeling is niet gezegd. Er is in november 2009 door de KNB een commissie ingesteld die bestudeert of en zo ja welke de mogelijkheden zijn om toch tot enige vorm van tariefregeling te komen.

5.13. Het notariaat in de Republiek Oostenrijk

5.13.1. *Tarieven voor notariële diensten*

Conform de Wet op de Notariële Tarieven⁶⁴⁶ zijn de notarissen bevoegd om de tarieven in rekening te brengen die zijn vastgesteld bij federale wet. Dit betreft ook de werkzaamheden die de notaris verricht in de hoedanigheid van gerechtscommissaris in niet-controversiële aangelegenheden, welke werkzaamheden apart zijn getarifeerd in de wet op de tarieven voor gerechtscommissarissen.⁶⁴⁷ Notariële diensten kunnen ook beloond worden volgens de wet op de advocatarieven,⁶⁴⁸ althans indien de notaris de diensten verleent die in die wet zijn geregeld en voor zover die diensten niet zijn geregeld in een van de twee andere genoemde wetten. De tarieven zoals deze in de gemelde wetten zijn vastgelegd, zijn maximumtarieven. Het staat de notarissen vrij om over de tarieven met hun cliënten, binnen redelijke grenzen, te onderhandelen, met uitzondering van de werkzaamheden als gerechtscommissaris.

De tarieven betreffen niet alle werkzaamheden van de notaris. Het optreden als bewindvoerder, curator, administrateur en mediator wordt in rekening gebracht op basis van criteria die bij wet zijn vastgesteld. De wet op de notariële tarieven regelt wettelijke transacties en verklaringen, voor-echt-erkenning van handtekeningen en kopieën, processen-verbaal van vergaderingen van aandeelhouders en verenigingen, testamenten, volmachten wisselprotest en veilige bewaring van bijvoorbeeld gelden, spaarboekjes, effecten en andere waardevolle objecten. De wet op de tarieven voor gerechtscommissarissen regelt de behandeling van de gerechtelijke verificatie van de afwikkeling van de nalatenschap van een erflater.

De tarieven zijn niet geïndexeerd, maar worden met grote intervallen aangepast door de federale minister van Justitie. Er bestaan geen plannen om het tariefensysteem te veranderen.

⁶⁴⁶ *Notariatstarifgesetz.*

⁶⁴⁷ *Gerichtskommissionstarifgesetz.*

⁶⁴⁸ *Rechtsanwaltstarifgesetz.*

5.13.2. *Toegang tot het ambt van notaris en numerus clausus*

Om tot notaris benoemd te kunnen worden, moet een universitaire juridische studie zijn voltooid. Tot het studiepakket moeten in ieder geval behoren het burgerlijk en burgerlijk procesrecht, straf- en strafprocesrecht, grondwet inclusief grond- en mensenrechten, administratief en administratief procesrecht, ondernemings-, arbeids-, sociaal en belastingrecht, Europees recht en de beginselen van overig internationaal recht, de algemene beginselen van het recht, van economie en andere vakgebieden die aan het recht gerelateerd zijn.

Verder moet men een praktische ervaring hebben van ten minste zeven jaren, waarvan ten minste drie jaren als kandidaat-notaris. Deze drie jaren beginnen pas te tellen nadat het na te noemen toelatingsexamen met succes is afgelegd. De overige vier jaar stage mogen gevolgd worden bij een rechterlijke instantie of een advocatenkantoor.

De ervaring als kandidaat-notaris telt pas nadat met goed gevolg het toelatingsexamen is afgelegd om notaris te kunnen worden. Het examen bestaat uit een mondeling en een schriftelijk deel. Het examen is geen vergelijkend examen waarvan de resultaten bepalen wie wel en wie geen notaris wordt. Het is een algemeen kwaliteitsverhogende studie die iedere kandidaat voordat hij aan de stage begint voltooid moet hebben. Om het toelatingsexamen met goed gevolg door te kunnen komen, moet men ten minste 2½ jaar notariële ervaring hebben. In combinatie met het voormelde over de benodigde notariële ervaring (stage) betekent dat er vóór het examen minstens 2½ jaar kandidatenervaring moet zijn, terwijl voor de vervulling van de notariële stage voordat men tot notaris benoemd kan worden, er dan nog de voormelde (minimaal) drie jaren notariële ervaring bij moet komen. Daarmee is in Oostenrijk een notariële ervaring vereist van minstens 5½ jaar, waar dan nog vier jaren andere relevante ervaring bijkomen. Een totaal van minstens 9½ jaar stage. Aan die eisen wordt strikt de hand gehouden. Dat geeft in de praktijk geen problemen, aangezien de gemiddelde totale stage op zo'n vijftien jaren ligt voordat men tot notaris benoemd wordt.

Verder staat nog steeds in de wet als vereiste voor een notaris de Oostenrijkse nationaliteit, ondanks de opdracht van de Europese Commissie om die eis uit de wet te schrappen.

De aanstaande notaris moet van onbesproken gedrag zijn en om benoemd te kunnen worden, mag hij niet ouder zijn dan 64 jaar. De aanstaande notaris moet verder van onbesproken gedrag zijn en qua instelling en karakter geschikt zijn. Notarissen worden benoemd door de federale minister van Justitie. Respondenten achten het een adequate lijst van eisen, zeker omdat de notaris is bekleed met (gedelegeerd) overheidsgezag, als zodanig openbare akten opmaakt en optreedt als gerechtscommissaris.

Er bestaat een *numerus clausus*. Het aantal standplaatsen is flexibel en kan door de federale minister van Justitie worden aangepast naar behoefte en op verzoek

van de Kamer van Notarissen. Het is aan deze minister om nieuwe standplaatsen te vestigen, bestaande op te heffen of te verplaatsen. Uitgangspunten van het standplaatsenbeleid zijn de goede bereikbaarheid en het persoonlijke optreden van de notaris. Verder zullen demografische veranderingen, wijziging van de notariële activiteiten, herindeling van de rechterlijke organisatie, economische ontwikkeling, vervoer- en communicatiemogelijkheden, alle een rol spelen bij het standplaatsenbeleid. Zo is het aantal notariële standplaatsen sinds 1995 met 25% uitgebreid. Het systeem voldoet aan de criteria die tot doel hebben een goede spreiding van notarissen over het hele land te handhaven, ook in de afgelegen en minder welvarende streken, zodat alle burgers een goede toegang hebben tot de notaris. De publieke opdracht van de notaris brengt dat met zich. Als die regulering overboord zou worden gezet, dan zou dat een negatief effect hebben op een brede vervulling van de publieke dienstverlening.

5.13.3. *Exclusieve bevoegdheden van de notaris*

Onder meer voor de volgende zaken is de verplichte tussenkomst van de notaris voorgeschreven:

1. algemeen: afstand van een erfenis, verkoop van een toegevallen erfenis, overeenkomsten die al vooraf de verdeling van de besparingen binnen het huwelijk regelen, erkenning van vaderschap, huwelijksvoorwaarden, verkoop, ruil, geldleningsovereenkomsten en schuldigerkenningen tussen echtgenoten, schenkingen zonder feitelijke afgifte, bepaalde akten en overeenkomsten waarbij blinde personen betrokken zijn;
2. met betrekking tot vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid: joint ventures, verklaringen met betrekking tot de inschrijving van een nieuwe kapitaalstorting, toewijzing van aandelen en overeenkomsten met betrekking tot toekomstige toewijzing van aandelen;
3. met betrekking tot overige rechtspersonen: fusies, overeenkomsten met betrekking tot de overdracht van bepaalde bedrijfsactiva, oprichtingsverklaringen conform de Wet op private stichtingen, ontvlechtigings- en overnameovereenkomsten.

Notariële waarmerking vindt verder onder meer plaats:

1. met betrekking tot vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid: bij afspraken om de statuten te wijzigen of de vennootschap te ontbinden;
2. met betrekking tot overige rechtspersonen, bijvoorbeeld: inschrijving van de eerste aandeelhouders, benoeming van het eerste bestuur, besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders, afstand van het recht om een ontvlechtingsovereenkomst aan te tasten, de waarmerking van de statuten van de *Societas Europaea*.

Ook is de notariële voor-echt-erkenning vereist bij alle documenten bestemd voor inschrijving in het kadaster en het handelsregister. Veilingen van roerende zaken zijn eveneens voorbehouden aan de notaris.

De gemelde bevoegdheden zijn niet aan andere beroepen of instanties toevertrouwd. Naast de gemelde exclusief aan de notaris opgedragen taken houdt de notaris zich ook bezig met bijvoorbeeld juridisch advies, vertegenwoordiging van cliënten bij de overheidsinstanties, optreden voor de cliënten bij de gerechten in alle zaken waaraan geen conflict ten grondslag ligt, de vertegenwoordiging van cliënten in alle zaken bij de rechter in eerste aanleg, optreden als curator of bewindvoerder, mediator en dergelijke.

Ook buiten de exclusieve rechten wordt door het publiek prijsgesteld op de tussenkomst van de notaris vanwege de rechtszekerheid, de vermijding van onduidelijkheden en de executoriale titel. Juist daarom wordt de notaris ook vaak ingeschakeld bij bijvoorbeeld de overdracht van vastgoed en hypothecaire leningen, waar dat wettelijk niet is voorgeschreven.

5.13.4. Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen

Met name het al eerder genoemde optreden van de Oostenrijkse notaris als gerechtscommissaris vermindert de druk op de rechterlijke macht. Als zodanig regelt hij vrijwillige openbare verkopen, inventariseert de onder bewind staande zaken en gelden, controleert verantwoordingen van bewindvoerders. Alle activiteiten als gerechtscommissaris gebeuren onder de supervisie van de desbetreffende gerechtelijke instantie.

Ook het optreden van de notaris als mediator en arbiter ontlast de gerechten. Het Oostenrijkse notariaat is heel actief op het gebied van de digitalisering. Handelsregisterformulieren voor de ondernemingsrechter gaan elektronisch en zijn voorzien van een notarieel waarmerk, evenzo de formulieren inzake vastgoed.

De Oostenrijkse Notariskamer beheert het Centrale Testamentenregister, het Volmachtenregister waarin doorlopende volmachten zijn opgenomen, vertegenwoordigingssituaties van naaste familieleden en beschikkingen die vermelden wie er bevoegd zijn wanneer iemand ter zijner tijd onverhoopt niet (meer) in staat is zijn wil te bepalen, het register betreffende de zogenoemde levenstestamenten (stervensbegeleiding) en het notariële elektronische archief voor publieke en private documenten.

Het zijn allemaal initiatieven die het rechtsverkeer vergemakkelijken, documenten beter bereikbaar maken, geschillen helpen voorkomen en aldus ook de druk op de rechterlijke macht helpen verminderen. Verdere verbetering van het rechtsverkeer zou kunnen worden bereikt door de inzage in het handelsregister en kadaster ook elektronisch mogelijk te maken.

5.13.5. *Publiciteit door een notaris*

Publiciteit is toegestaan wanneer deze waarheidsgetrouw is, objectieve informatie verstrekt en in lijn is met de notariële beroepsvoorschriften.⁶⁴⁹ Verder mag de notaris niet gaan.

Deze beperking wordt als een goede zaak ervaren, men wil volgens respondenten niet door middel van reclame een race naar de bodem maken. De notaris heeft als drager van overheidsgezag een professionele en ethische verantwoordelijkheid en daar past geen ongebreidelde reclame bij.

5.13.6. *Samenwerkingsverbanden van notarissen*

Het is notarissen toegestaan zich te associëren met andere notarissen en met (benoembare) kandidaat-notarissen. Zij mogen daartoe een maatschap of andere rechtsvorm kiezen, die echter geen rechtspersoonlijkheid mag hebben.

Notarissen kunnen hun aansprakelijkheid niet beperken, kandidaat-notarissen wel. Met vertegenwoordigers van andere beroepen mag geen samenwerking worden aangegaan. Het systeem voldoet op de geschetste wijze en er is geen wens om tot verandering/uitbreiding van de mogelijkheden over te gaan. Het zijn van openbaar ambtenaar verhoudt zich volgens respondenten niet met de samenwerking met andere beroepen.

5.13.7. *Rechtsvorm waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden*

Zoals gezegd mag de notaris zijn ambt niet uitoefenen binnen een rechtspersoon. De notaris moet dat in eigen persoon doen. Een notaris mag niet in loondienst het ambt beoefenen, ook niet in loondienst van een andere notaris. Als reden voor deze beperkingen geeft respondent aan dat de notaris onafhankelijk en autonoom moet kunnen optreden.

5.13.8. *Notariële regelgeving in formele zin*

Het federale parlement stelt de wetten inzake het notariaat vast. De Oostenrijkse Notariskamer heeft de bevoegdheid regels vast te stellen betreffende de beroepsuitoefening. De Kamer moet de door haar vastgestelde beroepsregels binnen vier weken voorleggen aan de federale minister van Justitie. De minister heeft de mogelijkheid om de door de Kamer vastgestelde regels onverbindend te verklaren wanneer zij in strijd zouden zijn met wettelijke voorschriften en reguleringen. De nationale Mededingingsautoriteit is niet betrokken bij de totstandkoming van enige regelgeving voor of door het notariaat.

⁶⁴⁹ Sectie 3, subsectie 6 van de Notariële beroepsvoorschriften.

5.13.9. Toezicht en tuchtrecht

Het is aan de regionale Notariskamers om toezicht te houden op de officiële werkzaamheden en het gedrag van de notarissen. De presidenten van rechtbanken en gerechtshoven hebben het recht van toezicht op een meer subsidiaire basis. Zij zullen het toezicht in eerste instantie aan de Kamers overlaten. De Kamers controleren ook de integriteit en de kwaliteit van de notarissen.

Het tuchtrecht onderscheidt in disciplinaire en administratieve zaken. Disciplinair tuchtrecht wordt uitgeoefend door speciale senaten verbonden aan de gerechtshoven en in hoger beroep bij de Hoge Raad. De senaten zijn samengesteld uit evenveel rechters als notarissen. De Kamers zijn in eerste aanleg belast met het tuchtrecht in administratieve aangelegenheden en het hoger beroep is in handen van een Permanente Commissie van Beroep. Inzake het disciplinaire tuchtrecht zijn de straffen in volgorde van zwaarte: schriftelijke waarschuwing, geldboetes tot € 36.000, schorsing als notaris voor een maximumperiode van één jaar en ten slotte de ontzetting uit het ambt. De overtredingen in administratieve zin kunnen bestraft worden met de vermaning om de beroepsplichten te vervullen, de schriftelijke waarschuwing of een schriftelijke waarschuwing met een geldboete tot een bedrag van € 7200.

Het publiek kan haar klachten deponeren bij zowel de Notariële Kamers, de presidenten van de rechtbanken, als bij de federale minister van Justitie. Ook dit systeem voldoet.

5.13.10. Overkoepelende organisatie van notarissen

Alle notarissen en kandidaat-notarissen zijn lid van de notariële beroepsorganisatie. De notarissen die hun standplaats hebben in een bepaalde deelstaat (*Bundesland*) tezamen met de kandidaat-notarissen die in dat Bondsland geregistreerd staan, vormen samen een notariële afdeling. De afdelingen van de diverse federale landen zijn rechtspersonen naar publiek recht. De notarissen en kandidaat-notarissen van Wenen, Neder-Oostenrijk en Burgenland vormen tezamen één afdeling, evenals de federale landen Tirol en Vorarlberg dat samen doen. Iedere afdeling moet uit haar leden een bestuur, de Kamer, kiezen.

De Kamers moeten de eer en het aanzien van het beroep bewaken en de belangen van de beroepsgroep behartigen. De regionale Kamers hebben voorts de zorg voor:⁶⁵⁰

- het disciplinair gezag over notarissen en kandidaat-notarissen;
- het bijdragen aan het oplossen van geschillen tussen (kandidaat-)notarissen betreffende de uitoefening van het beroep of arbeidsgeschillen;

⁶⁵⁰ Sectie 134 van de Notariële Regelingen.

- het optreden als bemiddelaar tussen notarissen ter zake van hun competenties in de uitoefening van hun beroep of de berekening van de tarieven;
- de afgifte van verklaringen omtrent de praktijkervaring (stage) van de kandidaat-notarissen;
- het stelling nemen ter zake van de wetgeving betreffende de verandering van de organisatie en regulering van het notariële beroep en de wijziging van het aantal standplaatsen;
- het meewerken aan de vervulling van vacante standplaatsen;
- het afgeven van verklaringen over de vaardigheden en ervaring van (kandidaat-) notarissen;
- het toezicht houden op de financiën en administratie van (kandidaat-) notarissen en het innen van de contributies van haar leden;
- het aanwijzen van de notaris-leden voor de speciale tuchtrechtsenaten bij de gerechtshoven;
- het aanwijzen van de gedelegeerden voor de ledenraad⁶⁵¹ bij de federale Kamer;
- het bevorderen van de economische belangen van zowel het notariaat in het algemeen als haar (oud-)leden persoonlijk;
- het opzetten van en participeren in fondsen, instellingen, stichtingen en andere instituten om het ambt in de breedste zin op tal van terreinen te promoten.

Tot zover de rol van de regionale Kamers.

De Federale Kamer van notarissen is samengesteld uit alle regionale Kamers. Het is haar opdracht de rechten van het notariële ambt te bewaken en haar de belangen te behartigen in zowel geheel Oostenrijk als de deelstaten. De Federale Kamer heeft de zorg voor:

- het initiëren van nieuwe wetgeving en het becommentariëren van wetsontwerpen;
- het opmerken en rapporteren aan de bevoegde instanties van tekortkomingen bij zowel Justitie als bij de overheid in het algemeen en het doen van voorstellen tot het aanpassen van de regulering van het notariaat respectievelijk haar tarieven;
- het adviseren inzake het aantal en eventueel de verandering van notariële standplaatsen;
- het onderhouden van de contacten met andere beroepsorganisaties in binnen- en buitenland met vergelijkbare interesses;
- ook weer de behartiging van de belangen van zowel de beroepsgroep en het ambt in zijn algemeenheid als van de individuele (oud-)leden;

⁶⁵¹ *Delegiertentag.*

- vergelijkbare doelen als de regionale Kamers wat betreft deelname en initiëring van fondsen en instellingen, het organiseren van bijeenkomsten nationaal en internationaal, alles om het ambt van notaris te promoten en te verbeteren;⁶⁵²
- het oprichten van verzekeringsfondsen ten behoeve van de beroepsgroep, zoals het Notarieel Pensioenfonds;
- het bemiddelen in conflicten tussen leden en/of Kamers;
- het vaststellen van verordeningen/regels ter uitvoering en verfijning van diverse wettelijke voorschriften.

De Kamer heeft ook de bevoegdheid/opdracht om te bevorderen dat er geen concurrentiebeperkende afspraken worden gemaakt. Zowel de regionale als de federale Kamers zijn publiekrechtelijke instituten. De Kamers van notarissen zijn, naar de mening van respondenten, geen ondernemersverenigingen. De notariële Kamers zijn bij federale wet geregeld.

Het Oostenrijkse notariaat kent niet een organisatie van notarissen naast de Kamers zoals bijvoorbeeld de Duitse *Notarverein*. De doelstelling van de Kamers is wel net zo uitgebreid, met ook de behartiging van het belang van het notariaat in het algemeen als van de (oud-)leden individueel en bovendien is het notariaat eenvormig geregeld voor alle notarissen,⁶⁵³ zodat de behoefte aan een aparte vereniging niet gevoeld wordt.

De huidige organisatie voldoet goed,⁶⁵⁴ wijzigingen zijn niet voorzien. Het toezicht en tuchtrecht zoals die worden uitgeoefend, zijn in het belang van een goed functionerend notariaat.

5.13.11. Aansprakelijkheid en verzekering

Notarissen zijn ten volle aansprakelijk voor beroepsfouten. De persoonlijke aansprakelijkheid kan niet worden beperkt of uitgesloten. De notarissen zijn verplicht een beroepsaansprakelijkheidsverzekering af te sluiten. De verplichte minimumdekking bedraagt € 400.000 per aanspraak. Het is mogelijk om een hogere dekking af te sluiten.

⁶⁵² In heel Europa zijn bijvoorbeeld de *Europäische Notartage*, die ieder voorjaar in Salzburg worden gehouden bekend, vanwege hun grote belang voor de verdere vorming en ontwikkeling van het notariële ambt en haar positie en rol in de samenleving.

⁶⁵³ Duitsland kent drie soorten notarissen, *Nur-* en *Anwalt-*notarissen en nu ook nog *Amts-*notarissen.
⁶⁵⁴ Het Oostenrijkse notariaat is nationaal en internationaal buitengewoon actief en mag, zeker gezien de relatief geringe omvang tot een van de meest invloedrijke notariaten in Europa worden gerekend. Zo heeft zij zich (met succes) ingespannen om tal van landen uit het vroegere Oostblok te helpen bij het opzetten van een notariaat en verleent nog steeds bijstand waar nodig. De Oostenrijkse Notariskamer heeft in Brussel een permanente vestiging en is voortdurend uit de eerste hand geïnformeerd. In 2011 is er weer een Oostenrijkse notaris voorzitter van de CNUE, te weten Dr. R. Kandl.

In aanvulling op de gemelde verzekering heeft de federale Kamer van Notarissen een collectieve verzekering afgesloten ter dekking van mogelijke opzettelijke medewerking van notarissen en/of hun kandidaten aan criminele activiteiten respectievelijk andere wetsovertredingen die mogelijk willens en wetens door de (kandidaat-)notaris gepleegd zouden worden. Deze verzekering dient om cliënten voor de nadelige gevolgen van zulk handelen financieel te compenseren en voorts om daarmee ook het verlies van vertrouwen in het totale notariaat te beperken. De federale Kamer van notarissen heeft door een structuur van verzekeringen en uitonderhandeling van goede en adequate verzekeringsvoorwaarden een dekking van aansprakelijkheid van hoog niveau weten te bereiken.

Mocht desondanks in een bepaalde situatie de beroepsfout toch niet gedekt blijken te zijn, dan bestaat daarvoor nog een speciaal daartoe door de federale kamer opgericht aansprakelijkheidsfonds om ook in die aansprakelijkheid te voorzien.

De Republiek Oostenrijk draagt geen aansprakelijkheid voor de beroepsfouten van notarissen.

5.13.12. Nascholing van notarissen

Notarissen zijn wettelijk verplicht hun professionele ontwikkeling en scholing bij te houden. De nascholing betreft met name die vakgebieden die ook onderdeel vormen van de academische opleiding en van het toelatingsexamen tot het notariaat. Er bestaat geen puntensysteem op basis waarvan de gevolgde postacademische opleiding aangetoond moet kunnen worden.

Respondenten zijn van mening dat, hoewel er in het algemeen in Oostenrijk veel werk gemaakt wordt van bijscholing, het systeem wel strikter en dwingender van opzet zou mogen zijn. Dwingender juist vanwege de grote maatschappelijke verantwoordelijkheid die het dragen van (gedelegeerd) overheidsgezag en de uitoefening van overheidsprerogatieven met zich brengt.

5.13.13. Centrale registers

Op basis van een wettelijke regeling beheert de federale Kamer van Notarissen, zoals al eerder gemeld, het Oostenrijkse Centrale Testamentenregister. In het testamentenregister worden alle testamenten en andere documenten met betrekking tot verervingen, bijvoorbeeld overeenkomsten met erfrechtelijke elementen, beheerd zoals die bij de notarissen, de gerechtelijke instanties of de advocatuur zijn gedeponneerd.

De federale Kamer van Notarissen beheert ook het Trustregister van Oostenrijkse notarissen. Dat register omvat alle trusts zoals die door tussenkomst van Oostenrijkse notarissen tot stand zijn gekomen. Daarnaast beheert de Kamer ook nog het Oostenrijkse Centrale Register betreffende doorlopende regelingen, zoals

onherroepelijke volmachten, documenten inzake de benoeming van voogden, curatoren en andere wettelijke vertegenwoordigers en bezwaren tegen dergelijke benoemingen. Dit register van wilsverklaringen die effect sorteren bij het leven van de desbetreffende onder volmacht, curatele enzovoort staande personen, is thans (nog) niet gebaseerd op een wettelijke regeling, maar voorziet in een grote rechtsbehoefte.

Er bestaat nog geen aansluiting op vergelijkbare registers in andere landen. De Oostenrijkse federale Kamer van Notarissen acht zo'n aansluiting op buitenlandse registers zeer gewenst. Intussen beantwoorden de registers op nationale schaal aan een grote behoefte in de rechtspraktijk, terwijl de opzet zodanig is dat de notariële geheimhouding niet door deze registers wordt geschonden.

5.13.14. *Lijdelijkheid, ministerieplicht en full service*

Uitgangspunt is dat notarissen onafhankelijk en onpartijdig zijn in de uitoefening van hun beroep. Maar de Notariswet schrijft ook voor,⁶⁵⁵ dat de notaris verplicht is om, alvorens een notariële akte te concipiëren, de handelingsbevoegdheid/bekwaamheid van iedere partij met betrekking tot de desbetreffende transactie te onderzoeken, om partijen voor te lichten met betrekking tot de betekenis en de gevolgen van de akte, verder om goed zeker te zijn van de ware bedoelingen van partijen en om vervolgens precies datgene aan het papier toe te vertrouwen wat de ondubbelzinnige en duidelijke bedoeling van partijen is.

Na het voorlezen van de akte vraagt de notaris ten slotte nog eens aan partijen of het voorgelezene hun bedoeling goed weergeeft. De onafhankelijkheidseis is niet strijdig met de verplichting van de notaris om ter aanvulling van de standpunten van partijen toch aanbevelingen te doen die in lijn zijn met de wettelijke voorschriften ter zake, die economisch relevant zijn en mogelijk andere adviezen die de belangen van partijen betreffen. De Oostenrijkse notaris dient dus uitgebreid te voldoen aan zijn ambtsplicht van *Belehrung* en *Beratung*.

Notarissen mogen wanneer hun om een ambtelijke dienst wordt gevraagd, als hoofdregel die dienst niet weigeren, zij hebben de ministerieplicht. Die ministerieplicht geldt niet in de situaties die door de wet worden aangegeven.⁶⁵⁶

De notaris moet weigeren bij verboden schijntransacties en ook als een van de partijen of alle partijen de wet willen ontduiken, of in strijd met de wet een derde willen benadelen. Ook mogen zij hun dienst niet verlenen aan personen van wie zij weten of in redelijkheid mogen vermoeden dat zij onbevoegd of onbekwaam zijn in verband met bijvoorbeeld minderjarigheid of welke andere reden

655 In artikel 52 Notariswet.

656 Sectie 35 Notariswet.

ook.⁶⁵⁷ Een andere groep weigeringsgronden⁶⁵⁸ betreft akten waarbij de notaris zelf, zijn echtgenote, familieleden in de directe lijn via geboorte, huwelijk of adoptie, respectievelijk via bloedverwantschap tot in de vierde graad of via aanverwantschap tot in de tweede graad betrokken zijn. Ook als een notaris zich niet kan overtuigen van de juiste identiteit, moet hij dienst weigeren. Daarnaast zijn de EU-regels betreffende witwassen van gelden en financiering van terrorisme, in de Oostenrijkse wet geïmplementeerd en geven derhalve ook in Oostenrijk aan dat de notaris geen dienst mag verlenen als van een van die situaties sprake is en voordat die situatie gemeld is aan het ministerie van Binnenlandse Zaken ter attentie van het Federale Bureau van Onderzoek Criminaliteit. Die instantie kan dan aan de notaris opdracht geven om de transactie helemaal te stoppen of voorlopig uit te stellen.

De notaris heeft de verplichting om alle voor een notaris gebruikelijke diensten ook daadwerkelijk aan te bieden. Binnen die randvoorwaarde staat het notarissen vrij om zich daarnaast te specialiseren in een van de notariële vakgebieden, zoals het ondernemingsrecht. Deze verplichting van full service betreft iedere individuele notaris, zodat iedere cliënt iedere notaris moet kunnen aanspreken voor iedere tak van gebruikelijke notariële dienstverlening. De verplichting tot full service kan ook verklaard worden vanuit het oogpunt van vaste plaatsen van vestiging, om aldus een goede territoriale dekking van algehele notariële dienstverlening over het hele land te verkrijgen.

5.13.15. *Plaats van vestiging*

Als hoofdregel moeten notarissen praktijk voeren binnen de hun toegewezen standplaats.

Zij mogen echter hun ambt ook daarbuiten in de gehele Republiek Oostenrijk uitoefenen. Dat mag als de omstandigheden rond de transactie dat indiceren, als een partij daarom verzoekt, maar ook in geval van nood, urgentie of als sprake is van een bijzondere vertrouwelijke relatie. Het is een notaris niet toegestaan meer dan één kantoor te hebben.

5.13.16. *Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding*

Notarissen zijn onderworpen aan een geheimhoudingsplicht⁶⁵⁹ ter zake van alle transacties en onderhandelingen waarbij zij betrokken zijn (geweest). Die plicht geldt niet indien zij ingevolge de Notariswet gedwongen zijn hun dossiers te openen en wél informatie moeten verstrekken. Ook rust op de notarissen de

657 Deze groep weigeringsgronden staat in sectie 34 van de Notariswet.

658 Sectie 33 Notariswet.

659 Sectie 37 Notariswet.

verplichting om hun personeel aan de geheimhoudingsplicht te onderwerpen en dat te monitoren. In contacten met gerechtelijke instanties en andere autoriteiten behouden de notarissen hun recht tot geheimhouding conform de regelingen in de Notariswet.⁶⁶⁰ Die regelingen zijn in lijn met het procesrecht. Het recht van geheimhouding kan niet worden ingeperkt door maatregelen die een gerechtelijke instantie of een andere autoriteit mocht nemen. Zo is het niet toegestaan het notariële personeel te ondervragen of de overhandiging van documenten, foto's, geluids- of beeld dragers te eisen. Speciale regelingen om de geheimhouding in te perken, verkrijgen geen rechtskracht.

Zoals eerder gemeld, hebben de ook in Oostenrijk ingevoerde EU-regels betreffende het witwassen van gelden en de financiering van terrorisme wel rechtskracht en dat betekent dat ter zake daarvan de geheimhoudingsplicht van de notaris wordt doorbroken. Het af luisteren van telefoongesprekken van notariskantoren is alleen dan toegestaan als de notaris zelf onder strenge verdenking staat van het plegen van een misdrijf.

Tegenover de op de notaris toezichthoudende Kamer van Notarissen geldt de geheimhouding niet. De Kamer zou niet in staat zijn haar toezichthoudende functie effectief uit te oefenen als de notaris geen opening van zaken zou geven. In tuchtrechtelijke procedures blijft het ambtsgeheim van de notaris wel overeind, maar de notaris mag datgene openbaren wat absoluut nodig is om zich goed te kunnen verdedigen. Als hoofdregel geldt de geheimhoudingsplicht ook jegens de fiscale autoriteiten. Daarop bestaan echter wel uitzonderingen. Zo heeft de fiscus inzage in de werkzaamheden van de notaris als rechtscommissaris en in de notariële akten, echter met uitzondering van testamenten van nog niet overleden personen.⁶⁶¹ Uitzondering betreft onder meer ook de plicht van de notaris om aan de belastingdienst afschriften te verschaffen van schenkingsakten,⁶⁶² de verplichting van de notaris om beroepsmatig beheerde en/of geadmistreerde vermogens van een erflater aan te melden⁶⁶³ en de verplichting voor de notaris om een belastingaangifte in te dienen ter zake van de overdracht van vastgoed.⁶⁶⁴ Tegenover het openbaar ministerie blijft de geheimhouding volledig overeind. De geheimhoudingsplicht is een van de hoekstenen van het beroepsmatig handelen van de notaris. Het is van groot belang voor het vertrouwen dat hij geniet en de reputatie die hij hoog te houden heeft. Het zorgt ervoor dat er openheid bestaat in de relatie tussen cliënt en notaris, een openheid die nodig is om een goed juridisch advies te kunnen geven en daarmee bij te dragen aan de rechtszekerheid.

Het geheimhoudingsrecht manifesteert het speciale vertrouwen tussen notaris en cliënt. Het beschermt de bijzondere en vertrouwelijke communicatie tussen

660 Sectie 37 subsectie 1 Notariswet.

661 Sectie 159 van de federale Belastingwet.

662 Sectie 24 van de Wet inzake successie- en schenkingsbelasting.

663 Sectie 25 van de, in voorgaande noot, gemelde wet.

664 Sectie 10, subsectie 2 van de wet op de overdrachtsbelasting.

beiden. Zoals gezegd, zijn ook in Oostenrijk de EU-regels betreffende het voorkomen van het witwassen van gelden en de bestrijding van de financiering van terrorisme in de wet opgenomen. Uit dien hoofde heeft de notaris een groot aantal verplichtingen erbij gekregen die een inbreuk vormen op de geheimhouding van de notaris. Overeenkomstig de zorgverplichtingen die vereist zijn voor een goede bestrijding van het witwassen en de terrorismefinanciering, moet het notariaat effectieve en adequate procedures vaststellen en moeten de notariskantoren deze nauwkeurig toepassen. Tot die procedure behoort de identiteitscontrole⁶⁶⁵ en de melding van ongebruikelijke transacties aan het federale ministerie van Binnenlandse Zaken ter attentie van het Bureau Crimineel Onderzoek.⁶⁶⁶ Dat bureau kan vervolgens de notaris opdragen om de transactie te stoppen of op te schorten. De Oostenrijkse Notariskamer heeft de verplichting om als onderdeel van het toezicht op de notarissen ook de nakoming van de regelgeving ter bestrijding van het witwassen van gelden en de financiering van terrorisme te controleren.⁶⁶⁷ Wanneer zij meldenswaardige feiten tegenkomt in die sfeer, zal ook de Notariskamer die moeten melden.⁶⁶⁸

Al deze maatregelen hebben stellig een vermindering van criminaliteit ten gevolge en verminderen daarmee ook de druk op het opsporingsapparaat en de rechterlijke macht.

5.13.17. *Executoriale titel*

Een notariële akte heeft een executoriale titel, gelijk aan het gerechtelijke vonnis, maar moet wel aan een aantal voorwaarden voldoen, te weten:

- a. de akte moet een recht vestigen om iets te doen of een verplichting om iets na te laten, uitgezonderd de verplichting tot ontruiming van een (deel van een) appartement;
- b. de akte moet duidelijk aangeven wie schuldeiser en wie schuldenaar is, de titel vermelden, het onderwerp duidelijk omschrijven en de aard van en het tijdvak waarbinnen het doen of nalaten moet plaatsvinden;
- c. duidelijkheid geven dat een minnelijke regeling geoorloofd is met betrekking tot de sub a bedoelde rechten en/of verplichtingen;
- d. de schuldeiser bij de sub a gemelde of een andere notariële akte heeft verklaard dat de akte rechtstreeks executabel is. Deze verklaring behoeft niet de instemming van de schuldenaar om rechtskracht te verkrijgen.

665 Sectie 36a en 36b Notariswet.

666 Sectie 36c Notariswet.

667 Sectie 154 Notariswet.

668 Sectie 36c Notariswet.

5.13.18. *Notaris in loondienst, deeltijdnotaris*

In Oostenrijk kan een notaris niet in loondienst van een andere notaris werkzaam zijn. Ook kan een notaris niet in deeltijd benoemd worden. Notarissen mogen drie opeenvolgende dagen van kantoor zijn zonder machtiging. Een langere periode van afwezigheid moet aan de Notariskamer worden gerapporteerd; als zijn kantoor niet door een kandidaat-notaris wordt waargenomen, dan moet de notaris een machtiging aanvragen om van zijn kantoor gedurende die periode afwezig te zijn. Een bijzondere machtiging is vereist wanneer de notaris meer dan zestig dagen binnen één jaar afwezig wil zijn.

Het is in Oostenrijk niet mogelijk dat twee of meer notarissen één protocol delen. De respondent voorziet ter zake geen aanpassingen van de regelgeving en acht dat ook niet nodig.

5.13.19. *Oudedagsvoorziening en goodwill*

Er bestaat een speciaal Pensioenfonds voor notarissen en kandidaat-notarissen in Oostenrijk.⁶⁶⁹ De leden moeten gedurende hun in het notariaat werkzame leven aan het fonds bijdragen en ontvangen daarna een pensioen van het fonds. Dit collectieve notariële pensioenstelsel is uitgebreid bij wet geregeld.

Bij overdracht van een notariskantoor is het niet verboden om alsdan een vergoeding te vragen en te betalen voor goodwill, inventaris en andere activa.

5.13.20. *Algemeen*

De discussie op EU-niveau omtrent regulering in het notariaat krijgt ook in Oostenrijk de nodige aandacht. Het federale ministerie van Justitie is echter tegen een wijziging van de positie en taken van de notaris. De federale Kamer van Notarissen is hoe dan ook voortdurend attent op mogelijke bewegingen ter zake en stimuleert in vele opzichten een goed functioneren van het notariaat.

5.14. **Het notariaat in de Republiek Polen**

5.14.1. *Tarieven voor notariële diensten*

De notariële diensten zijn getarifeerd. Het betreft alle vakgebieden van de notaris, geen uitzonderd. De tarieven worden vastgesteld door de minister van Justitie, zijn niet geïndexeerd en gelden voor onbepaalde tijd. De tariefregeling geeft maximumprijzen aan.

669 *Versicherungsanstalt des Österreichischen Notariats.*

5.14.2. *Toegang tot het ambt van notaris en numerus clausus*

Respondenten hebben niets aangegeven over de toegangsvereisten tot het ambt. Inzake de *numerus clausus* is opgemerkt dat er in Polen geen vast aantal standplaatsen is bepaald, ook geen minimum of maximum. In feite beslist de minister van Justitie naar aanleiding van een aanvraag of er al dan niet een notaris kan bijkomen. De criteria waarop dit gebeurt, zijn arbitrair en worden geheel naar het inzicht van dat moment door de minister ingevuld en gehanteerd.

De Poolse notariële beroepsorganisatie is in de beoordeling van het aantal standplaatsen op geen enkele wijze betrokken. Respondenten zouden graag zien dat de mening en argumenten van de Notariële Beroepsorganisatie betreffende aantal, locatie en invulling van standplaatsen meer richtinggevend zou zijn voor het ministerie van Justitie.

5.14.3. *Exclusieve bevoegdheden van de notaris*

Het Poolse notariaat heeft een aantal exclusieve taken opgedragen gekregen. In het burgerlijk recht betreft dat onder meer:

- akten van overdracht vastgoed;
- de vestiging van beperkte rechten op vastgoed, zoals vruchtgebruik, erfdiensbarheden, persoonlijke rechten;
- de vestiging en overdracht van lidmaatschapsrechten in coöperatieve verenigingen ter zake van vastgoed;
- verklaringen betreffende de omvang en hoogte van hypothecaire inschrijving (de vestiging van hypotheek is als monopolie van het notariaat opgeheven);
- in het erfrecht ter zake van de verdeling van nalatenschappen, voor zover die verdeling vastgoed betreft of de verwerping van nalatenschappen;
- oprichtingsakten en statutenwijzigingen van vennoot- en maatschappen en ook de veelvoorkomende processen-verbaal van aandeelhoudersvergaderingen;
- ook de oprichting en wijziging van de statuten van stichtingen zijn exclusief aan het notariaat toevertrouwd.

In 2007 is er bijgekomen het opmaken van een verklaring van erfrecht.

5.14.4. *Publiciteit door een notaris*

Volgens de deontologische regels mag de notaris geen individuele reclame maken. Respondenten zijn van mening dat deze regels wel enigszins versoepeld zouden kunnen worden en achten de striktheid van het verbod niet meer van deze tijd.

5.14.5. *Samenwerkingsverbanden van notarissen*

Notarissen mogen met andere notarissen binnen één entiteit hun praktijk uitoefenen. Dat mag zowel in vennootschaps- als maatschapsverband. Een dergelijke samenwerking is uitsluitend toegestaan binnen dezelfde plaats van vestiging.

Een associatie met advocaten, belastingadviseurs en/of accountants is niet toegestaan. Het Poolse notariaat is tevreden met de geldende regelgeving ter zake.

5.14.6. *Notariële regelgeving in formele zin*

De wetten worden vastgesteld in het Poolse parlement.⁶⁷⁰ Uitvoeringsvoorschriften van de wetten worden uitgegeven door de ter zake bevoegde minister en dat is ten aanzien van het notariaat vrijwel altijd de minister van Justitie.

De Notariële Beroepsorganisatie heeft geen bevoegdheid om inzake de notariële ambtsuitoefening richtlijnen of verordeningen op te maken die algemeen bindend zijn. De beroepsorganisatie mag uitsluitend richtlijnen geven betreffende technische en organisatorische aangelegenheden. Het toezicht op die richtlijnen ligt bij het ministerie van Justitie, die in geval van vermoeden van strijdigheid met de wet deze richtlijnen ter beoordeling kan voorleggen aan de hoogste rechter in het land.

Ook de Poolse mededingingsautoriteit is ter zake betrokken. Zij heeft het recht richtlijnen van de notariële beroepsorganisatie aan het nationale Antitrust Hof ter beoordeling voor te leggen, als zij van mening is dat de desbetreffende richtlijnen op gespannen voet staan met de mededingingsregels of anderszins consumentenbelangen zouden kunnen schaden.

5.14.7. *Full service*

De Poolse notarissen zijn verplicht al de hun toevertrouwde taken ook daadwerkelijk te vervullen als daarom gevraagd wordt. Zij mogen zich derhalve niet, met uitsluiting van andere rechtsgebieden, specialiseren.

5.14.8. *Algemeen*

Tot zover de bijdrage van het Poolse notariaat. De overige gestelde vragen van de toegezonden questionnaire zijn niet beantwoord.

⁶⁷⁰ De SEJM.

5.15. De Republiek Slowakije

5.15.1. *Tarieven voor notariële diensten*

Slowakije kent voor alle notariële diensten een tariefregeling. De tarieven zijn veelal vast, maar minimum- en maximumtarieven komen ook voor, adviestarieven bestaan niet. De vaste tarieven kunnen incidenteel worden verhoogd in geval van bijzondere omstandigheden, zoals in geval van moeilijke juridische werkzaamheden of dienstverlening buiten kantooruren.

De tarieven worden voor onbepaalde tijd vastgesteld door de minister van Justitie en zijn niet geïndexeerd. De tariefstructuur voldoet zeker, maar het wordt wel noodzakelijk geacht dat er regelmatig overleg en aanpassing van de tarieven plaatsvindt ter zake van bijzondere ontwikkelingen of werkzaamheden.

Het notariaat oefent belangrijke overheidsprerogatieven uit. Onafhankelijkheid van de notaris moet gegarandeerd zijn. De notarisdiensten kunnen en mogen volgens respondenten niet onderworpen worden aan het vrije loven en bieden. Als dat wel het geval zou zijn, bestaat er door deze versterkte marktwerking het risico van toegeven aan de onterechte wensen van cliënten en kunnen onafhankelijkheid, onpartijdigheid en kwaliteit onder druk komen te staan.

5.15.2. *Toegang tot het ambt van notaris en numerus clausus*

Om tot notaris benoemd te kunnen worden, moet men een juridische opleiding (master) aan een Slowaakse Universiteit hebben voltooid of eenzelfde titel hebben behaald aan een buitenlandse universiteit op basis van een internationaal verdrag dat bindend is voor de Republiek Slowakije.⁶⁷¹

Ook de praktijkervaring vormt een benoemingsvereiste. Er bestaat een stage-eis van vijf jaren, waarvan twee daadwerkelijk in de notariële praktijk moeten zijn gewerkt. De notariële ervaring kan zijn opgedaan als kandidaat-notaris, notaris, notariële stagiair, maar ook als notaris of kandidaat-notaris oude stijl, dat wil zeggen als zodanig functioneren in het staatsnotariaat van het vroegere Tsjechoslowakije. Voor de overige drie jaren praktische ervaring geldt de werkzaamheid als rechter, officier van justitie, advocaat of procureur.

Er bestaat geen specifieke aanvullende beroepsopleiding, maar wel moet een toelatingsexamen tot het notariële ambt worden afgelegd. Het desbetreffende examen is niet vergelijkend.

Er zijn geen minimum- of maximumleeftijdsgrenzen om te mogen functioneren als notaris.

671 Daarvan is sprake ten aanzien van de Tsjechische Republiek.

Verdere eisen voor de benoembaarheid tot notaris zijn:

- het hebben van de Slowaakse nationaliteit;
- niet ontzet zijn uit het notariële ambt;
- niet afgevoerd zijn van de lijst van advocaten of een van de andere genoemde functies die in aanmerking mogen worden genomen voor de drie niet-notariële stagejaren.

De notaris wordt benoemd door de minister van Justitie, die daarbij de voordracht volgt die de Nationale Kamer van Notarissen ter zake opmaakt.

Respondenten zijn tevreden met de benoemingseisen en -procedure. Deze staan borg voor persoonlijke en professionele kwaliteiten van de te benoemen notarissen.

Slowakije kent ook een *numerus clausus*. Het aantal notariële plaatsen van vestiging wordt vastgesteld door de minister van Justitie op basis van voorstellen van de Nationale Kamer van Notarissen. Bij het vaststellen van het aantal notarissen per regio is het criterium of er voldoende notariële capaciteit is. Het komt echter hoogst zelden voor dat er een plaats van vestiging wordt toegevoegd. De *numerus clausus* wordt door respondenten als een van de belangrijkste waarborgen voor de handhaving van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris aangemerkt.

5.15.3. *Exclusieve bevoegdheden van de notaris*

Aan de Slowaakse notarissen is bij wet een aantal exclusieve werkzaamheden opgedragen, bijvoorbeeld inzake:

- huwelijksvoorwaarden;
- testamenten opmaken voor bepaalde gehandicapte personen die daar niet zelf toe in staat zijn;
- afwikkelen van nalatenschappen;
- statutenwijziging van vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid;
- het opmaken van akten met authentieke werking;
- de notariële registratie van zekerheidsakten, akten inzake nalatenschapsaangelegenheden en veilingakten;
- het verzorgen van legalisaties en certificering.

Behalve de notaris mag ook een advocaat handtekeningen legaliseren. In de laatste jaren is het recht om authentieke akten voor banken op te maken als notariële taak verdwenen. In de sfeer van registratie en erfenissen zijn er extra taken aan het notariaat toevertrouwd. Respondenten zouden hun exclusieve rol graag uitgebreid zien, met name ten aanzien van de overdrachten van vastgoed.

Naast de genoemde exclusieve werkzaamheden dragen de notarissen zorg voor bewaringen, overdrachten vastgoed en inschrijvingen in het handelsregister. Het

notariaat is in Slowakije ingesteld met alle waarborgen van het Latijnse notariaat. Nu dat systeem met al zijn garanties voor onafhankelijkheid, onpartijdigheid en kwaliteit goed functioneert, zou het notariaat op bredere schaal kunnen worden ingezet om aldus ook op andere rechtsgebieden de rechtszekerheid te bevorderen en aldus het aantal geschillen en rechtsgedingen te verminderen.

5.15.4. *Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen*

Evenals in Oostenrijk en Tsjechië kan ook de Slowaakse notaris optreden als gerechtscommissaris, met name bij de afwikkeling van nalatenschappen. Het merendeel van die nalatenschapsprocedures wordt aan de notarissen toevertrouwd in de functie van gerechtscommissaris. Ook kan de notaris ingevolge een wettelijke bepaling optreden als mediator en arbiter.

Door deze specifieke taken, maar ook vanwege de *Belehrung* en *Beratung*, de onafhankelijke, onpartijdige en deskundige redactie van de afspraken en vastlegging in authentieke akten, wordt de druk op de rechterlijke macht verminderd en treedt het notariaat inderdaad op als *Richter im Vorfeld* en als gerechtscommissaris zelfs als onderdeel van de rechterlijke macht.

5.15.5. *Publiciteit door een notaris*

Notarissen mogen niet onbeperkt publiciteit bedrijven. In het algemeen is adverteren verboden, maar is het hebben van websites wel toegestaan.

Respondenten menen dat de mogelijkheden van publiciteit wel enigermate zouden mogen worden opgerekt. Met name daar waar cliënten in toenemende mate hun (ook notariële) weg zoeken op het internet, moeten notarissen in de gelegenheid worden gesteld om op die trend in te spelen. Het aanbieden van notariële diensten via internet lijkt onontkoombaar.

5.15.6. *Samenwerkingsverbanden van notarissen*

Het is notarissen toegestaan met elkaar samen te werken, maar niet binnen een rechtspersoon. Samenwerking van notarissen is alleen toegestaan als zij dezelfde plaats van vestiging hebben. Samenwerking met advocaten, belastingadviseurs of accountants, is niet toegestaan.

Respondenten achten de huidige verboden inzake interdisciplinaire samenwerking passend voor het notariaat. De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van notarissen in dergelijke samenwerkingsverbanden kan immers niet anders dan onder druk komen te staan. Ook samenwerking met notarissen uit andere landen lijkt niet voor de hand te liggen; waar de notaris is belast met overheidsgezag en overheidsprerogatieven uitoefent, is zijn bevoegdheid tot het desbetreffende land beperkt.

5.15.7. Rechtsvorm waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden

Een notariskantoor, of het nu solitair is of uit meer notarissen bestaat, mag niet worden uitgeoefend binnen een rechtspersoon. Respondent motiveert deze regel door te stellen dat het binnen een rechtspersoon (te) eenvoudig zou zijn om het management en/of het aandeelhouderschap van de rechtspersoon te veranderen. Ook zou het ongewenst zijn als notarissen middels een rechtspersoon hun kwaliteitsniveau en aansprakelijkheid zouden verminderen. Ook is het niet mogelijk voor een notaris om bij een andere notaris in loondienst werkzaam te zijn.

5.15.8. Notariële regelgeving in formele zin

Het notariële ambt is geregeld in de Notariswet, die met instemming van het parlement tot stand is gekomen. Tarieven en onkostenvergoedingen worden door de minister van Justitie vastgesteld. De nationale Kamer van Notarissen van de Slowaakse Republiek geeft voorschriften betreffende het functioneren van de notariskantoren. Deze voorschriften van de Kamer voor de notarissen moeten in lijn zijn met wettelijke regelingen en behoeven, alvorens rechtskracht te verkrijgen, de goedkeuring van de minister van Justitie. De Slowaakse mededingingsautoriteit heeft geen invloed op de notariële voorschriften.

De Kamer van Notarissen geeft behalve voorschriften voor het functioneren van de notarissen ook regels betreffende de interne organisatie en verkiezingen, contributies en dergelijke van de Kamers, zowel nationaal als regionaal.

5.15.9. Toezicht en tuchtrecht

Ook in Slowakije bestaat er toezicht op de notarissen, ter zake van het navolgen van wetten en regels, controle van de kwaliteit van de notariële dienstverlening, de financiële gang van zaken van de kantoren en van de eer en het aanzien van het notariaat.

Het ministerie van Justitie oefent het toezicht uit op de notariële werkzaamheden, zoals het opmaken van notariële akten, het waarmerken en legaliseren van opvallende feiten en verklaringen, de bewaring van akten en gelden.

De Slowaakse Nationale Kamer van notarissen houdt toezicht op de activiteiten van de regionale Kamers ten aanzien van het toezicht van deze Kamers op de werkzaamheden van de notarissen en het management van de notariskantoren.

Het tuchtrecht is toevertrouwd aan de disciplinaire afdeling van de Slowaakse Nationale Kamer van Notarissen. De tuchtrechter kan als sanctie opleggen:

- een schriftelijke waarschuwing;
- een geldboete tot € 3.000;
- schorsing als notaris;
- ontzetting uit het ambt van notaris.

Het publiek kan ook klachten over notarissen indienen bij de Notariële Kamers. Op zich leidt de indiening van een klacht niet rechtstreeks tot een tuchtrechtelijke procedure, maar die kan er naar aanleiding van de feiten wel uit voortvloeien.

5.15.10. Overkoepelende organisatie van notarissen

De Slowaakse notarissen zijn georganiseerd in regionale Kamers en wel één Kamer in ieder district waar een rechtbank is gevestigd. Alle notarissen zijn lid van zo'n regionale Kamer. De regionale Kamers tezamen vormen de Nationale Slowaakse Kamer van Notarissen. De Nationale Kamer van Notarissen is gevestigd in de hoofdstad van Slowakije, te weten Bratislava.

De Kamers zijn bij wet ingesteld. De Kamers staan borg voor het goed functioneren van het notariaat. Zij vertegenwoordigen de beroepsgroep in de relatie met de overheid en het publiek, vervolgen mogelijke misstappen van notarissen, houden toezicht op de naleving van de notariële ethiek en komen op voor de rechten en belangen van de notarissen. Zoals eerder opgemerkt, heeft de Nationale Kamer van Notarissen ook regelgevende bevoegdheid.

Er bestaat in Slowakije niet een alternatieve vereniging van notarissen. De organisatievorm functioneert tot volle tevredenheid.

5.15.11. Aansprakelijkheid en verzekering

De notarissen zijn volledig aansprakelijk voor hun beroepsfouten. Zij kunnen die aansprakelijkheid op geen enkele wijze beperken of uitsluiten.

Er bestaat voor iedere notaris een verplichting om zich te verzekeren.

De Republiek Slowakije is niet niet in zijn algemeenheid aanvullend aansprakelijk als de verhaalsmogelijkheid bij de notaris of zijn verzekeraar is uitgesloten. De Staat is wél rechtstreeks aansprakelijk voor de beroepsschade die door de notaris wordt veroorzaakt, maar dat is beperkt tot een bepaalde categorie fouten. De Staat is in het verleden ook daadwerkelijk aansprakelijk gesteld en tot schadevergoeding verplicht.

De notarissen kennen geen speciaal fonds waaruit schade die overigens niet gedekt is, wordt vergoed. Verzekeraars hebben geen invloed op de notariële regelgeving, ook niet naar aanleiding van een bepaald schadepatroon. Respondenten zijn tevreden over het huidige systeem van aansprakelijkheden en de dekking daarvan.

5.15.12. Nascholing van notarissen

Er bestaat geen verplichting voor de notarissen tot nascholing; wat er gebeurt, gaat op vrijwillige basis. Respondenten menen dat een verplicht studietraject gewenst zou zijn en stellig de kwaliteit van het notariaat zou verhogen.

5.15.13. *Centrale registers*

De Slowaakse Nationale Kamer van Notarissen heeft een aantal registers onder haar beheer, te weten inzake:

- testamenten;
- openbare veilingen van vastgoed;
- notariële akten;
- legalisaties van handtekeningen en dergelijke.

De registers zijn niet aangesloten en hebben geen uitwisseling met vergelijkbare registers uit andere landen. Een internationale koppeling van de testamenten- en huwelijksgoederenregisters zou in een internationaliserende wereld het rechtsverkeer zeer ten goede komen. Door de verschillende rechtssystemen en de compatibiliteit van de IT echter, zal dat vooralsnog lastig te realiseren zijn.

De nationale registers die er zijn, zijn efficiënt en van grote waarde voor het rechtsverkeer. Respondenten pleiten ervoor om de registratie van vastgoed ook in beheer van de Nationale Kamer van Notarissen te geven.

5.15.14. *Lijdelijkheid, ministerieplicht van de notaris en full service*

De notaris is niet lijdelijk. Met name zijn rol bij *Belehrung* en *Beratung* maakt dat er weinig passiviteit meer bestaat. Alleen bij het legaliseren en certificeren van handtekeningen en verklaringen treedt de notaris echt lijdelijk op. De notarissen zijn onpartijdige adviseurs. Respondenten zijn van mening dat die onpartijdigheid een van de belangrijkste kenmerken van het Latijnse notariaat is.

Notarissen hebben ook in Slowakije een ministerieplicht, dat wil zeggen dat zij iedere gebruikelijke dienst waarvoor zij aangewezen zijn bij wet ook daadwerkelijk moeten aanbieden als daarom gevraagd wordt. De ministerieplicht geldt voor iedere notaris persoonlijk. Dat neemt niet weg dat de notaris ook zijn diensten in bepaalde situaties mag of soms zelfs moet weigeren. Zo moet/mag de notaris weigeren als:

- de gevraagde dienst in strijd is met de wet of enige andere regelgeving of goede zeden;
- als één of meer partijen bij de akte een te nauwe verwantschap heeft/hebben met de desbetreffende notaris;
- als de gevraagde dienst niet tot de bevoegdheden van het notariaat behoort;
- er onvoldoende medewerking van de kant van partij(en) is;
- partij(en) zonder deugdelijke reden weigerachtig blijven om een redelijke aanbeting aan de notaris te doen.

Het systeem van dienstverlening en -weigeren vormt, volgens respondenten, een afgewogen en uitgebalanceerd geheel, waardoor er garanties bestaan tot een goede

toegankelijkheid voor iedere vrager van notariële diensten en de foute zaken vermeden worden.

5.15.15. *Plaats van vestiging, standplaats*

Bij de benoeming tot notaris wordt aan de nieuw benoemde notaris een plaats van vestiging aangewezen. Binnen die standplaats moet de notaris kantoor houden. De notaris mag in de gehele Republiek Slowakije akten passeren, maar niet in het buitenland.

Ook mag de notaris vaste zittingen houden buiten zijn kantoor. Gebruikelijk zal de notaris zijn akten passeren in zijn kantoor, maar ook ter plekke van de locatie die onderwerp van de akte uitmaakt: een grote vrijheid derhalve in de keuze van de locatie voor het passeren van de akte. Daardoor en door het benoemings- en standplaatsenbeleid is er over het hele land een gegarandeerd goede toegankelijkheid tot notarissen. De notaris mag zijn cliënt ter wille zijn en op de door deze gekozen plaats de akte passeren, waar dan ook binnen de landsgrenzen.

5.15.16. *Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding*

Notarissen hebben een geheimhoudingsplicht, maar die geldt niet onder alle omstandigheden, bijvoorbeeld:

- als een partij bij een akte de notaris schriftelijk van zijn geheimhoudingsplicht ontslaat;
- tegenover de minister;
- tegenover de president van de rechtbank ter zake van erfeniskwesties met een strafrechtelijke component;
- in geval van een meldingsplicht inzake strafrechtelijke vergripen;
- tegenover toezichthouders en/of de tuchtrechter;
- tegenover de fiscus;
- soms tegenover het openbaar ministerie.

Ook is er voor de notaris een meldingsplicht ingevolge de ook in Slowakije geïmplementeerde Europese richtlijn inzake witwassen en inzake de financiering van terrorisme. Tevens is de notaris verplicht mee te werken aan de identificatie van personen die bij bepaalde gespecificeerde transacties betrokken waren/zijn. Het ministerie van Justitie houdt toezicht op de naleving van de voorschriften ter zake van de melding van ongebruikelijke transacties en de identificatie.

5.15.17. *Executoriale titel*

Niet alle notariële akten hebben een executoriale titel, wel de akten die een overeenkomst hebben vastgelegd en waarbij de partijen die een verplichting op zich

hebben genomen, toestemming hebben gegeven om die akte als executoriale titel te doen gelden.

5.15.18. Notaris in loondienst, deeltijdnotaris

Een notaris mag niet in loondienst van een andere notaris werkzaam zijn. Ook kan een notaris niet in deeltijd benoemd worden. Wel mag een notaris afwezig zijn, als zijn ambt dan maar wordt waargenomen door een notaris-associé of door een zogenoemde permanente waarnemer. Dat kan bijvoorbeeld zijn een kandidaat-notaris die door de Kamer van Notarissen van de desbetreffende regio daartoe wordt aangesteld. Notarissen kunnen niet gezamenlijk één protocol delen. Respondenten achten een notaris in loondienst niet verenigbaar met de voorgeschreven onafhankelijkheid van iedere notaris. Zij achten onafhankelijkheid één van de belangrijkste fundamenteën van het Latijnse notariaat.

5.15.19. Oudedagsvoorziening en goodwill

Het Tsjechische notariaat kent geen collectieve pensioenvoorziening. Het is de notaris niet toegestaan om van zijn ambtsopvolger een goodwill voor zijn notariële praktijk te bedingen.

5.15.20. Algemeen

In verband met de actuele hervorming van het justitieel apparaat en de wens tot vermindering van de werkdruk op de rechterlijke macht, staan met name ook de rol en de bevoegdheden van de notaris in de aandacht. De overheid onderzoekt in hoeverre het notariaat nog meer dan tot dusver kan bijdragen aan het terugdringen van de gang naar de rechter.

5.16. Het notariaat in het Koninkrijk Spanje

5.16.1. Tarieven voor notariële diensten

De beloningen voor de notariële verrichtingen zijn vastgesteld bij Koninklijk Besluit, dat door de regering is voorbereid. Omdat de notariële werkzaamheden worden beschouwd als het verrichten van openbare diensten (overheidsgezag) zijn in principe al die werkzaamheden getarifeerd, maar wanneer het belang van een transactie de € 6.010.021 te boven gaat, kan het tarief vrij bepaald worden in het overleg tussen notaris en de cliënten.

In Spanje is sprake van vaste tarieven. Voor akten met een zogenoemde contractswaarde, zoals aan- en verkoopovereenkomsten en hypotheeken, is het tarief

gebaseerd op een percentage van die contractswaarde. De procentuele tarieven zijn degressief. Voor bijvoorbeeld testamenten en volmachten gelden vaste tarieven. Zoals gezegd, stelt de regering (via KB) de tarieven vast en bepaalt deze ook wanneer een aanpassing gewenst is.

De vrijheid die een notaris zich kan veroorloven inzake de tarieven is het geven van een korting van 10% of het geheel kwijtschelden van het tarief. De huidige tarieven dateren van 1989 en zijn niet geïndexeerd. Wel zijn sinds 1989 verscheidene tarieven verlaagd, vooral die voor hypotheek. Ook is er een crisismaatregel genomen waardoor alle veranderingen in de hypotheekakten inzake de termijnen en andere condities, door de notarissen tot eind 2010 gratis moesten worden gepasseerd. Spanje kent nog steeds een systeem van cross-subsidiëring. Zo wordt een testament voor iedereen bereikbaar gehouden met een vaste prijs van € 36 en bijvoorbeeld een vergoeding voor het buiten kantoor passeren op basis van een uurvergoeding van € 18.

Respondent is van mening dat het huidige tariefsysteem niet de best mogelijke oplossing is voor de honorering van de publieke notariële diensten. Juist omdat het notariaat een openbare dienst verleent, moet de notaris voor iedereen gegarandeerd bereikbaar en betaalbaar zijn. Het is niet een kostprijsgerelateerd systeem. De afnemers van notariële diensten behoren tevoren te weten wat het tarief zal zijn.

Mededinging/marktwerking moet tot uiting komen door de vrijheid van de cliënt om de notaris te kiezen en wel op andere gronden dan voornamelijk de prijs. Dat zou de kwaliteit van de notariële dienstverlening onder druk kunnen zetten.

5.16.2. Toegang tot het ambt van notaris en numerus clausus

Om notaris te kunnen worden, is primair een voltooide universitaire juridische opleiding vereist. Daarnaast moet nog een viertal specifieke examens met goed gevolg worden afgelegd. Twee examens worden mondeling afgenomen en de andere twee schriftelijk. De benoeming is afhankelijk van de examenbeoordelingen; de beschikbare vrije standplaatsen worden toegewezen aan de geslaagden met de beste examenresultaten, een vergelijkend examen derhalve. Bijvoorbeeld: in een recent jaar waren er in heel Spanje 1200 gegadigden voor 120 beschikbare standplaatsen. Verreweg het grootste aantal kandidaten komt er niet door, ook al heeft men alleen maar voldoende gehaald. De hele examenregeling en de beoordeling berust bij het directoraat-generaal inzake de openbare registers en het notariaat dat ressorteert onder het ministerie van Justitie. De kandidaten worden uitsluitend op hun capaciteiten beoordeeld.

De eis dat een te benoemen notaris de Spaanse nationaliteit moet bezitten, is conform de wens van de Europese Commissie afgeschaft.

Het is geen vereiste voor een benoeming tot notaris dat een kandidaat een praktische stage heeft gelopen. Na de benoeming staat de nieuw benoemde notaris

hulp en bijstand ter beschikking bij het oplossen van praktische vraagstukken. De Notariële Colleges in de regio's hebben daartoe servicecentra ingericht.

Ten aanzien van het aantal standplaatsen bestaat er een *numerus clausus*. Aantal en locatie van de notariële standplaatsen worden vastgesteld door de regering. Criterium bij die vaststelling is de bevordering van de bereikbaarheid van de beste notariële dienstverlening voor iedere potentiële cliënt, zodanig dat er een notariële dekking is over het hele land, hoe klein of groot de plaats ook is waar men woont. Andere elementen die een rol spelen bij het vaststellen van het aantal notarissen of het wijzigen van plaatsen van vestiging zijn onder meer het inwoneraantal, de snelle groei of juist de terugloop daarvan, het aantal notariële akten en de economische activiteit. In principe worden iedere tien jaar en als er duidelijk aanleiding toe is al na vijf jaar het aantal en de locatie van de standplaatsen opnieuw vastgesteld. Uitkomst van de periodieke evaluatie kan zijn vermeerdering, vermindering en/of wijziging van de plaatsen van vestiging. Er zijn circa 3300 plaatsen van vestiging.

Respondent acht het een goed werkend systeem; de objectieve criteria inzake het publieke belang zijn maatgevend. Zouden het criteria zijn die voornamelijk op economisch gewin zouden zijn gebaseerd, dan zou in de bevolkingsarme gebieden de notaris wellicht te moeilijk bereikbaar zijn. Veel gebieden zijn relatief geïsoleerd. Commercieel niet zo interessante plaatsen van vestiging worden vaak bezet door aanvangende notarissen. Er zijn redelijk wat dorpen waar de notariële praktijk verliesgevend is. Daar kan een beroep gedaan worden op financiële bijstand vanuit het notariaat (*Congrua* genaamd).

5.16.3. *Exclusieve bevoegdheden van de notaris*

In Spanje is de verkoop van vastgoed en overeenkomsten met betrekking tot zake-lijke rechten vormvrij. In bepaalde gevallen is wel de publieke vorm vereist, zoals bij de schenking van vastgoed en de vestiging van hypotheekrechten. De vormvrije documenten ter zake van de overdracht van vastgoed en de vestiging van rechten daarop, die men in het kadaster wil inschrijven, behoeven wel een waarmerking in een publiek document voordat tot inschrijving in de openbare registers kan worden overgegaan. De inschrijving in de openbare registers vormt geen vereiste voor de overgang van de eigendom. De eigendom gaat over door een akte en de feitelijke levering. Hoewel de wet derhalve een notariële akte niet verplicht stelt, wordt er wel steeds meer gebruik van gemaakt, ook omdat een onderhandse akte niet in de openbare registers kan worden ingeschreven. In verband met de derdenwerking wordt er wel degelijk waarde gehecht aan de inschrijving van de eigendomsovergang in de openbare registers. De betaling van de koopsom gaat vaak niet via de derdenrekening van de notaris. De inning en afdracht van de overdrachtsbelasting gaat ook vaak niet via de notaris, maar gebeurt door een gestor. De gestor verzorgt ook vaak de inschrijving van de akte in het eigendomsregister.

Wat de notaris wél doet ter zake van de overdracht van vastgoed is bijvoorbeeld dat hij:

- partijen identificeert;
- de handelingsbevoegdheid en -bekwaamheid controleert;
- een eventuele vertegenwoordigingsbevoegdheid controleert;
- het eigendomsregister raadpleegt;
- een controle uitvoert of vaste lasten voldaan zijn, zoals de IBI (onroerendgoedbelasting) en ‘omslagkosten’ van een eventuele Vereniging van Eigenaren;
- een controle uitvoert of de opgegeven waarde/koopsom niet onder de minimale waarde ligt die de belastingdienst ter zake hanteert;
- indien enigszins mogelijk, de betaling van de koopsom controleert (ook al gaat het niet via zijn rekening);
- de handelingen uitvoert uit hoofde van de ook in Spanje geïmplementeerde Europese richtlijn inzake het witwassen van gelden en de financiering van terrorisme;
- afschriften van de akte afgeeft aan belanghebbenden en de minuutakte in zijn protocol opneemt;
- direct na de ondertekening van de akte de bevoegde autoriteiten van de akte op de hoogte stelt.

In het vennootschapsrecht is een openbare akte onder meer vereist voor de oprichting, kapitaalsuitbreiding, kapitaalsvermindering en fusies van vennootschappen.

De laatste tien jaar zijn er verschillende bevoegdheden voor de notaris bijgekomen, zoals de verklaring van erfrecht voor het geval er geen testament is en inschakeling bij de eigendomswijzigingen van diverse roerende zaken en bij de problematiek van over- of ondermaat bij vastgoed, zonder dat de rechter daarbij een rol speelt.

5.16.4. Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen

Door de notariële inbreng bij de controle van de processen en bij de inhoud van overeenkomsten, de aandacht voor fiscale fraude, de strijd tegen witwassen en terrorismebestrijding en de meldingsplicht van de notaris ter zake, en verder vooral door het zorgvuldig formuleren van de bedoelingen van partijen, wordt ook in Spanje de gang naar de rechter verminderd. Gezegde in Spanje is wel: zodra er een notaris bijkomt, is er een rechter minder nodig. Ook in het echtscheidingsrecht wordt veelvuldig van de diensten van de notaris gebruik gemaakt in plaats van de rechter in te schakelen. Dat kan als scheiding en verdeling met wederzijdse instemming plaats hebben.

5.16.5. Publiciteit door een notaris

Notarissen moeten zich, als openbare ambtenaren, houden aan zekere publiciteitsregels. Zo mogen zij op geen enkele wijze de vrije keuze van het publiek voor een notaris trachten te beïnvloeden, zeker is het niet toegestaan vergelijkingen in bekwaamheid en/of vakmanschap met andere notarissen te maken. Publiciteit moet gericht zijn op waarheidsgetrouwe informatie over het notariskantoor, zoals het adres en andere gegevens. De individuele publiciteit moet complementair zijn aan de reclame van de diverse notariële instellingen, zoals de Algemene Raad van het Spaanse notariaat.

5.16.6. Samenwerkingsverbanden van notarissen

Het is notarissen in Spanje, onder voorwaarden, toegestaan te associëren met andere notarissen. Of een samenwerking binnen één kantoor wordt toegestaan, is onder meer afhankelijk van het aantal van dergelijke associaties, die er al zijn binnen een bepaald district. In ieder geval moet de beoogde samenwerking notarissen betreffen, die dezelfde plaats van vestiging hebben. Associatie is alleen toegestaan binnen het notariaat. Met andere professionals, zoals advocaten, belastingadviseurs en accountants, is het niet toegestaan. Juist om de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de notaris te borgen, achten respondenten het juist dat de associatiemogelijkheden tot het notariaat zelf beperkt zijn.

5.16.7. Rechtsvorm waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden

Recent is in Spanje een wet aangenomen waarbij een vennootschap met rechtspersoonlijkheid speciaal voor de vrije beroepsbeoefenaren is geïntroduceerd. Deze wet voorziet echter niet in dezelfde mogelijkheid voor de notaris. Notarissen zijn derhalve nog steeds aangewezen op de verschillende vormen van personenvennootschappen, waarbij kosten en baten worden gedeeld en activa in gezamenlijke eigendom (kunnen) worden gehouden.

5.16.8. Notariële regelgeving in formele zin

In principe is de Spaanse regering verantwoordelijk voor de notariële regelgeving. De voornaamste regelingen worden vastgelegd in wetten die de goedkeuring van het parlement behoeven. Ook nadere (uitvoerings)regelingen worden door de regering gegeven. Omdat zeker ook in Spanje de heersende leer is dat de notaris met overheidsgezag is belast en notarissen overheidsprerogatieven uitoefenen, valt het notariaat in de hiërarchie die daarbij hoort. De hoogste instantie in die hiërarchische opbouw is de minister van Justitie. Het is echter ook zo dat de minister van Economische Zaken direct of indirect mede invloed heeft op de

regelgeving inzake het notariaat. Bijvoorbeeld als het gaat om de rol van de notaris in de bestrijding van fiscale fraude, speelt Economische Zaken een belangrijke rol. Ter zake van de notariële werkzaamheden en de regels waaraan de notaris zich heeft te houden, hebben beide ministeries een inbreng en doen zij beide voorstellen voor de uiteindelijke voorschriften.

Respondenten menen dat idealiter de algehele competentie voor het notariaat bij de minister van Justitie zou moeten liggen, aangezien die immers ook de hoogste in de hiërarchie is wat betreft het aan het notariaat gedelegeerde overheidsgezag.

5.16.9. Toezicht en tuchtrecht

De Spaanse notaris is zowel straf-, burger-, administratief- als tuchtrechtelijk verantwoordelijk en aansprakelijk. Er bestaat een uitgebreide tuchtrechtelijke regeling met veel voorschriften waaraan de notaris zich heeft te houden. Het tuchtrecht wordt uitgeoefend door het Notariële College in de desbetreffende regio (*Colegio Notarial*), het directoraat-generaal inzake de registers en het notariaat, de Algemene Raad voor het Notariaat en het ministerie van Justitie. De op te leggen straffen variëren van geldboetes tot ontzetting uit het ambt.

5.16.10. Overkoepelende organisatie van notarissen

Het notariaat is georganiseerd in Notariële Colleges, die verspreid zijn over het hele land en onderdeel uitmaken van een structuur met Colleges, een Algemene Raad voor het notariaat, het directoraat-generaal inzake de registers en het notariaat, met als hoogste instantie het ministerie van Justitie. De genoemde instanties zijn allemaal publiekrechtelijke instellingen die gezien de aard van hun activiteiten vallen onder de wet inzake de vrije beroepen, maar ook door de openbare functie van de notaris onder de Notariswet en de administratiefrechtelijke wetgeving.

Het *Colegio Notarial* verzorgt onder meer de registratie van akten, de elektronische handtekening, de vergelijkende examens, de permanente educatie, de voorlichting aan het publiek, de uitgave van wetenschappelijke boeken en tijdschriften en de afgifte van apostilles.

Naast de gemelde instanties zijn er ook tal van notariële verenigingen, maar die maken geen deel uit van de vooromschreven hiërarchische organisatie.

5.16.11. Aansprakelijkheid en verzekering

Notarissen zijn verplicht zich tegen beroepsaansprakelijkheid te verzekeren. Het directoraat-generaal inzake de registers en het notariaat dat ressorteert onder het ministerie van Justitie stelt de minimumvoorwaarden en -verzekerde bedragen vast, waaraan de polis moet voldoen. Respondenten merken op dat de notarissen

de kosten van de verzekering niet aan hun cliënten mogen doorberekenen, maar dat zij zelf die kosten dragen.

5.16.12. Nascholing van notarissen

De notariële instanties organiseren veel cursussen, seminars en andere studieprogramma's om de notarissen kennis te laten nemen van de recente ontwikkelingen en wijzigingen op het terrein van hun vakgebied. Het volgen van de cursussen heeft geen verplicht karakter, behalve ten aanzien van de nieuwe regelgeving inzake het witwassen van gelden. Respondenten zijn van mening dat het voor het notariaat goed zou zijn om de nascholing wel op enigerlei wijze verplicht te maken.

5.16.13. Centrale registers

In principe heeft het Spaanse notariaat geen openbare registers onder zijn beheer. Het Testamentenregister wordt van informatie voorzien door de notarissen en bestaat al sinds de negentiende eeuw. Idealiter zou dat register door het notariaat beheerd moeten worden.

Een register dat wel onder het beheer van de Notariële Organisatie valt, is het register inzake de ingetrokken/herroepen volmachten. Het initiatief tot en het instellen van dat register was een groot succes voor het notariaat. Het is altijd de vraag of een volmacht nog gelding heeft of niet. De notarissen zorgden voor de voeding en raadpleegden dat register in hun ambtsuitoefening. Het voorzag in een grote behoefte in de rechtspraktijk. Sinds 2008 staat de actualiteit van het register echter ter discussie. Raadpleging van het register is niet bij wet verplicht gesteld.

Registradores zijn functionarissen die ook een aantal taken mogen uitoefenen die typisch notarieel zijn. Zij hebben bezwaar aangetekend tegen het register en daarin gelijk gekregen. Het was een heel goed initiatief van het nationale *Colegio Notarial* dat in Spanje geen vervolg lijkt te krijgen.

5.16.14. Lijdelijkheid, ministerieplicht van de notaris en full service

De notaris controleert actief de materiële inhoud en de formele aspecten van de akten. Hij kan alleen zijn dienst weigeren als er sprake is van strijdigheid met de wet en de openbare orde en in geval van witwassen van gelden en de financiering van terrorisme, dit conform de wet ingesteld naar aanleiding van de Europese richtlijn ter zake.

In Spanje hebben alle notarissen dezelfde bevoegdheden en kunnen hun diensten verlenen op alle gebruikelijke onderdelen van het notariële vakgebied. De notarissen zijn ook verplicht die diensten desgevraagd te verlenen. Er is zeker

sprake van verplichte full service voor iedere notaris persoonlijk. Respondenten achten dat ook passend bij het openbare gezag waarmee iedere notaris is bekleed. Het zou niet goed zijn als bepaalde notarissen bijvoorbeeld alleen het ondernemingsrecht zouden beoefenen omdat dit zo winstgevend is. In de andere juridische beroepen is dat wel toegestaan, maar het verhoudt zich niet tot de publieke functie van de notaris en dat is nou juist een belangrijk verschil met de andere juridische professies.

5.16.15. *Plaats van vestiging, standplaats*

Het is notarissen niet toegestaan buiten hun standplaats/district akten te passeren. Uitsluitend in geval van grote urgentie mag dat wel. Cliënten mogen echter wel naar iedere notaris gaan in Spanje die zij verkiezen. Ook maakt het niet uit waar bijvoorbeeld het object van de akte zich bevindt of waar een vennootschap gevestigd is. Respondenten achten het een goed werkend systeem, dat geheel Spanje van adequate notariële dienstverlening voorziet. Als notarissen overal akten zouden mogen passeren, zou daardoor een onredelijke competitie kunnen ontstaan. De verdeling en het aantal standplaatsen houdt immers rekening met de omzet ter plaatse. Als die verhoudingen door veelvuldig optreden door collega's van elders zou worden verstoord, zou dat voor sommige notarissen onredelijke uitkomsten kunnen geven.

5.16.16. *Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding*

Afschriften van notariële akten mogen uitsluitend worden afgegeven aan hen die partij waren bij de akte en aan diegenen die bij het kennisnemen van de akte een legitiem belang hebben. Dat betreft de hoofdregel ten aanzien van de inhoud van de akte. Het ambtsgeheim in bredere zin vraagt ook een nadere bespreking. Als een notaris bekend raakt met een mogelijk plegen van een strafbaar feit, dan is hij als openbaar ambtenaar verplicht dit aan de ter zake bevoegde autoriteiten te melden. De notaris moet een notariële akte aan een rechter afgeven, als deze dat bij de behandeling van een strafzaak gewenst acht, omdat de inhoud van die akte mogelijk van belang is in die zaak. Ook in geval van verdenking van het witwassen van gelden en belastingfraude is de notaris tot afgifte verplicht. Respondenten achten dit allemaal een gewenste gang van zaken, wederom omdat de notaris als ambtenaar bekleed met openbaar gezag zo dicht tegen de overheid aan zit. Mede daarom zijn notarissen ook verplicht mee te werken aan de strijd tegen witwassen en belastingfraude. Om de melding van witwasactiviteiten goed in kaart te brengen heeft de Algemene Raad voor het Notariaat een Centraal Instituut voor criminaliteitsbestrijding in het leven geroepen: de OCP. De OCP verzamelt en koppelt alle meldingen van notarissen inzake witwassen en verbindt de data, om zodoende een scherper totaalbeeld te kunnen krijgen. Ook met betrekking tot

belastingfraude is de rol van de notaris belangrijk. Partijen moeten aantonen hoe de koopsommen van vastgoed betaald worden. Overheid en samenleving zijn gebaat bij de zich versterkende rol van de notaris als poortwachter.

5.16.17. Notaris in loondienst, deeltijdnotaris

Notarissen mogen niet in een loondienstverhouding werkzaam zijn, niet bij derden, maar ook niet bij een andere notaris. Ook mogen notarissen niet een provisie of andere vergoeding ontvangen, anders dan het voorgeschreven tarief dat geldt voor de door hen verrichte notariële diensten. Een notaris verleent een publieke dienst en moet mede daarom bereikbaar zijn. Als een notaris langer dan algemeen gebruikelijk van zijn kantoor verwijderd is, moet hij dat melden en zorgen voor een waarnemer. Als hij langere tijd absent is, moet hij niet alleen melden, maar ook toestemming vragen en wel bij de regionale Notariële colleges en in bijzondere gevallen bij de directeur-generaal (van het ministerie van Justitie) inzake de registers en het notariaat. Respondenten achten dat een terechte gang van zaken; de bezetting van de kantoren moet gegarandeerd zijn.

Dat de notarissen geen andere beloningen ontvangen dan de notariële tarieven en ook niet in loondienst mogen werken, is bevorderlijk voor hun onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Zouden die criteria niet gehandhaafd worden, dan zou het met het notariaat snel bergafwaarts gaan, aldus respondenten.

5.16.18. Oudedagsvoorziening en goodwill

Als in Spanje een notaris de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt en defungeert, dan heeft hij recht op een uitkering van het Spaanse Sociale Zekerheidsfonds.

Het is een notaris niet toegestaan om bij aftreden en overdracht van zijn protocol/kantoor enige vergoeding voor goodwill van zijn opvolger te ontvangen.

5.16.19. Algemeen

Enige algemene opmerkingen van de respondenten. Het ambt heeft zich in de afgelopen periode goed ontwikkeld, is goed met de tijd meegegaan en heeft met name goed gebruik gemaakt van alle nieuwe technologie. Voor het komende decennium is er ook alle vertrouwen dat het notariaat zich goed doorontwikkelt, mits het publieke element prevaleert. Bedreigend voor een goed functionerend notariaat zou zijn als de markt de overhand zou krijgen boven het publieke aspect van het ambt. In Spanje is er onduidelijkheid over de verschillende rollen die de notaris vervult. Enerzijds is dat niet meer dan het legaliseren van handtekeningen en anderzijds de volledige verantwoordelijkheid dragen voor de inhoud van de stukken. Respondenten zouden daar graag meer inzicht van het publiek voor willen genereren. Voorlichting en advisering (*Belehrung* en *Beratung*) moeten

meer geïntegreerd worden en vooral door cliënten zo ervaren worden dat het één geheel vormt met de notariële akte. De openbare registers zijn voor de samenleving van groot belang. De kwaliteit van de openbare registers is afhankelijk van de input van te registreren stukken en daarbij speelt het notariaat een voorname rol. Het notariaat voorziet zowel in standaardmatige contracten voor eenvoudige zaken, als voor juridisch maatwerk waar dat wenselijk is. Notarissen zorgen door hun tussenkomst voor meer gelijke kansen voor de contractspartijen, ook als één partij qua kennis in het voordeel is, en voorkomen daarmee onplezierige verrassingen achteraf voor met name de underdog.

5.17. De Tsjechische Republiek

5.17.1. Tarieven voor notariële diensten

De notariële diensten zijn getarifeerd voor in principe alle verrichtingen. Alleen voor de honorering voor bepaalde bijkomende en aanpalende diensten bestaat geen tariefregeling, zoals juridische bijstand die min of meer gerelateerd is aan echte notariële handelingen, maar ook voor het beheer respectievelijk de administratie van vastgoed. De tariefregeling bestaat uit vaste tarieven die in bijzondere gevallen kunnen worden verhoogd, bijvoorbeeld bij complexe juridische zaken en in geval van werkzaamheden buiten kantooruren.

De tarieven worden vastgesteld door de minister van Justitie en gelden voor onbepaalde tijd. Respondenten achten het een goed en verantwoord systeem, maar zouden graag zien dat het aan een permanente evaluatie onderworpen zou zijn, waardoor bepaalde knelpunten eerder gesignaleerd en aangepast zouden kunnen worden.

Als argument voor tariefregulering van notariële werkzaamheden voeren respondenten aan dat de taken aan de notaris zijn opgedragen door de Staat, dat de onafhankelijkheid van de notaris boven elke verdenking verheven moet zijn en dat notarissen, juist gezien hun overheidstaken, niet onderworpen mogen zijn aan de markt en niet van de wereld van vraag en aanbod afhankelijk mogen worden. De onafhankelijkheid, onpartijdigheid van de notaris en de kwaliteit van zijn diensten kunnen te sterk onder druk komen te staan als zij, meer dan toegestaan, aan de wensen van hun cliënten moeten gaan toegeven.

5.17.2. Toegang tot het ambt van notaris en numerus clausus

Om tot notaris in Tsjechië benoemd te worden moet men de rechtenstudie met goed gevolg voltooid hebben aan een Tsjechische universiteit of aan de universiteit van een land waarmee een verdrag is gesloten ter erkenning van de wederzijdse diploma's. Ook een juridische graad behaald aan een universiteit van (indertijd) de

Tsjecho-Slowaakse Federatieve Republiek respectievelijk een van haar rechtsvoorgangers, wordt als zodanig geaccepteerd.

Verder is als benoemingsvereiste gesteld een vijfjarige juridische werkervaring. Dat kan zijn als notaris of als kandidaat danwel stagiair in het huidige geprivatiseerde notariaat, maar ook onder het oude wettelijke systeem van een staatsnotariaat. Juridische ervaring in verschillende andere juridische disciplines wordt ook als stage in de zin van de benoemingsvereisten voor een notaris meegeteld, maar met een maximum van twee jaren. Verder moet er met goed gevolg een notarieel examen worden afgelegd, maar dat is geen vergelijkend examen waarbij alleen de besten worden doorgelaten.

Nog steeds, ondanks de andersluidende wens van de Europese Commissie, geldt ook als eis om tot notaris benoemd te kunnen worden, het hebben van de Tsjechische nationaliteit.

De aanstaande notaris mag geen crimineel verleden hebben (moet van onbesproken gedrag zijn) en moet volledig handelingsbekwaam zijn. Een notaris wordt benoemd door de minister van Justitie op voorstel van de Notaris Kamer van de Tsjechische Republiek.

Respondenten achten het een evenwichtige en adequate procedure en een navenant eisenpakket. Het systeem staat borg voor de professionele kwaliteiten van nieuwbenoemde notarissen. Het aantal plaatsen van vestiging wordt vastgesteld door de minister van Justitie, na de Tsjechische Notariële Kamer daarover gehoord te hebben. Het criterium daarbij is dat er in iedere regio voldoende notariële dekking moet zijn. Het aantal standplaatsen wordt niet vaak bijgesteld. Respondenten menen dat het goed is een *numerus clausus* te hebben, omdat ook dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid bevordert. Een adequaat aantal en een goede spreiding van de notarissen vermindert immers de onderlinge competitie.

5.17.3. *Exclusieve bevoegdheden van de notaris*

Aan de Tsjechische notarissen is bij wet een aantal exclusieve werkzaamheden opgedragen, bijvoorbeeld:

- bekrachtiging en legalisatie van documenten en handtekeningen;
- huwelijksvoorwaarden;
- overeenkomsten die door de notariële tussenkomst executoriale titel verkrijgen;
- veelsoortige overeenkomsten in het ondernemingsrecht;
- afwikkeling van nalatenschappen;
- borgstellingen in speciale situaties;
- de registratie van zekerheidsstellingen;
- de inschrijving van testamenten.

Behalve de notaris mag ook een advocaat handtekeningen legaliseren. In de laatste jaren zijn er vele akten in het ondernemingsrecht exclusief bij de notaris

terechtgekomen, evenals de genoemde registratie van zekerheidsstellingen, de verlening van borgtochten, de huwelijksvoorwaarden en de overeenkomsten met executoriale titel. De wetgever heeft eerst het notariaat ingesteld en daarna, na gebleken effectiviteit en bevordering van de rechtszekerheid, daar een aantal monopolies aan toegevoegd op kwetsbare rechtsgebieden.

Respondenten zouden nog graag zien dat de rol van de notaris verder zou worden uitgebreid, met name op het gebied van de overdrachten van vastgoed en de (nu nog) gerechtelijke taken inzake de afwikkeling van nalatenschappen. Behalve de exclusieve taken houdt de Tsjechische notaris zich vooral ook bezig met (toch ook) de overdrachten van vastgoed, het opmaken en verlijden van testamenten en ontervingen, alsmede de bewaring van gelden.

Respondenten zijn van mening dat de (al dan niet verplichte) tussenkomst van de notaris met al zijn kennis en ervaring een grote bijdrage levert aan de rechtszekerheid in de diverse rechtsverhoudingen en dat daardoor zeker veel juridische geschillen worden voorkomen.

5.17.4. *Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen*

De hulp en bijstand die de Oostenrijkse Republiek, maar ook het Oostenrijkse notariaat hebben verleend bij de inrichting van een nieuw rechtssysteem in eerst de Federatieve Republiek Tsjecho-Slowakije (na de ineenstorting van de communistische regimes in Midden- en Oost-Europa) en later de Tsjechische Republiek, heeft er mede toe geleid dat ook in Tsjechië de notaris vaak wordt ingeschakeld als gerechtscommissaris, vooral bij de afwikkeling van nalatenschappen. Het optreden van de notaris in deze functie vermindert zeker de druk op de reguliere rechterlijke macht. Namens de rechtbanken vervullen zij het merendeel van de werkzaamheden binnen deze gerechtelijke functie.

Behalve die specifieke functie is het vooral de rechtszekerheid in het rechtsverkeer die door de notaris wordt bevorderd en juridische geschillen voorkomt respectievelijk in aantal vermindert. *Belehrung* en *Beratung*, nauwkeurige vastlegging van de afspraken van partijen zorgen daarvoor. De druk op het gerechtelijk apparaat zou volgens respondenten verder kunnen worden verminderd als de bevoegdheden inzake de afwikkeling van nalatenschappen, die nu nog bij de rechter berusten, geheel naar het notariaat zouden worden overgeheveld.

5.17.5. *Publiciteit door een notaris*

De notaris is niet vrij om onbeperkt reclame te bedrijven, daar zijn regels voor.

In het algemeen is adverteren niet toegestaan, maar is het wel mogelijk om een website van het kantoor te hebben. Respondenten zouden toch graag wat meer mogelijkheden willen creëren. Immers cliënten zijn in deze tijd gewend hun dienstverleners op alle mogelijke terreinen via internet te vinden. Het zou goed

zijn dat de notarissen daar beter op inspelen. Het lijkt onontkoombaar dat ook de notaris via internet zijn diensten mag/gaat aanbieden.

5.17.6. *Samenwerkingsverbanden van notarissen*

Het is notarissen toegestaan om met elkaar te associëren. Dat mag uitsluitend in de vorm van een personenvennootschap en niet in een aparte vennootschap met rechtspersoonlijkheid. Associëren mag met een andere notaris, maar niet met een advocaat, accountant, belastingadviseur of andere professional. Het mag ook alleen met notarissen in dezelfde plaats van vestiging en derhalve ook niet met notarissen in het buitenland, ook niet uit een ander EU-land met een Latijns notariaat.

Associëren met andere professionals dan notarissen verhoudt zich, volgens respondenten, niet met de uitgangspunten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor de notaris. Het verbod tot associatie met notarissen in een ander land is volgens respondenten mede een gevolg van het feit dat de notaris met overheidsgezag is bekleed en dat zou zich niet verhouden met een associatie met een notaris in een ander land, ook al is die weliswaar ook weer belast met overheidsgezag, maar dan van dat andere land.

5.17.7. *Rechtsvorm waarbinnen een notariskantoor uitgeoefend mag worden*

Een notaris kan zijn ambt niet uitoefenen in de vorm van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid. Ook kan hij niet in loondienst zijn bij een andere notaris. Respondenten menen dat het een goede regel is dat een notaris zijn ambt niet binnen een rechtspersoon mag uitoefenen, omdat in die rechtspersoon aandeelhouders en directie zouden kunnen veranderen en het moet toch (controleerbaar) alleen de notaris zijn die het voor het zeggen heeft, zowel in de hoedanigheid van aandeelhouder als in de hoedanigheid van vertegenwoordigingsbevoegd directeur, en niet een derde.⁶⁷²

5.17.8. *Notariële regelgeving in formele zin*

Het notariaat is geregeld bij een wet die via het parlement tot stand is gekomen. Tarieven en onkostenvergoedingen voor notarissen worden vastgesteld door de minister van Justitie.

De Tsjechische Nationale Kamer van Notarissen geeft voorschriften betreffende het reilen en zeilen van de notariskantoren en het gedrag van de notaris. De voorschriften zoals die door de Kamer van Notarissen worden uitgegeven, behoeven de

672 Dat moge zo lijken, maar daar zijn in het vennootschapsrecht in veel landen goede methoden tegen ontwikkeld (ADP).

goedkeuring van de minister van Justitie (ex ante), voordat zij rechtskracht verkrijgen. Daarnaast regelt de Kamer van Notarissen onder meer de interne organisatie van de Kamer, de verkiezing van haar functionarissen en stelt de contributie vast.

De Tsjechische Mededingingsautoriteit wordt niet ingeschakeld bij de regelgeving voor het notariaat. Het regelgevende systeem functioneert naar behoren en de verschillende inbrengen zijn goed in balans.

5.17.9. Toezicht en tuchtrecht

Er bestaat een toezicht op de notarissen ter zake van het navolgen en eerbiedigen van wetten en regels, controle van de juridische kwaliteit, de financiën en de integriteit. Het ministerie van Justitie oefent het toezicht uit over verschillende notariële werkzaamheden, zoals het opmaken van notariële akten, het waarmerken en legaliseren van opvallende feiten en verklaringen, alsmede de bewaring van akten en gelden. De Tsjechische Nationale Kamer van Notarissen houdt toezicht op de activiteiten van de regionale Kamers ten aanzien van de werkzaamheden van de notarissen en het management over de notariskantoren in hun district. De regionale Kamers van Notarissen houden op hun beurt toezicht op de individuele notarissen en de kantoororganisaties in hun district.

Het tuchtrecht is in handen van de disciplinaire afdeling van de Tsjechische Nationale Kamer van Notarissen. Deze tuchtrechter kan als sanctie opleggen:

- een schriftelijke waarschuwing;
- een geldboete tot 30.000 CSK (Tsjechische kronen) dat is circa € 1200;
- ontzetting uit het ambt van notaris.

Het publiek kan ook klachten over notarissen indienen bij de Notariële Kamers. Op zich leidt de indiening van een klacht niet rechtstreeks tot een tuchtrechtelijke procedure, maar die kan er naar aanleiding van de feiten wel uit voortvloeien. In overeenstemming met de hervorming van het Tsjechische justitiële apparaat is een verbetering van het sanctiebeleid in voorbereiding. Het is de bedoeling dat ook niet-professionals deel gaan uitmaken van de tuchtrechtcolleges, deels leken-rechtspraak derhalve.

5.17.10. Overkoepelende organisatie van notarissen

De Tsjechische notarissen zijn georganiseerd in regionale Kamers en wel één Kamer in ieder district waar een rechtbank is gevestigd. Alle notarissen zijn lid van zo'n regionale Kamer. De regionale Kamers tezamen vormen de Nationale Tsjechische Kamer van Notarissen. De Kamers zijn bij wet ingesteld. De Kamers staan borg voor het goed functioneren van het notariaat, vertegenwoordigen de beroepsgroep in de relatie met de overheid en het publiek, vervolgen mogelijke misstappen van notarissen, houden toezicht op de naleving van de notariële ethiek en

komen op voor de rechten en belangen van de notarissen. Zoals eerder opgemerkt, heeft de nationale Kamer van Notarissen ook regelgevende bevoegdheid en regelt ze de procedure van de sollicitatie en de benoeming van een notaris. Zij voert ook het beheer over het centrale testamentenregister en het register inzake verleende zekerheidsstellingen.

Volgens respondenten moeten de Kamers van Notarissen geacht worden niet onder het mededingingsrecht te vallen, aangezien de notarissen met overheidsgezag zijn bekleed en overheidsprerogatieven uitoefenen.

Er bestaat in Tsjechië niet een alternatieve vereniging van notarissen zoals die wel bestaat in Duitsland en België.

De organisatievorm functioneert naar volle tevredenheid.

5.17.11. Aansprakelijkheid en verzekering

De notarissen zijn volledig aansprakelijk voor hun beroepsfouten. Zij kunnen die aansprakelijkheid op geen enkele wijze beperken of uitsluiten. Er bestaat voor iedere notaris een verplichting om zich te verzekeren.

De Tsjechische staat is rechtstreeks aansprakelijk voor de beroepsschade die door de notaris wordt veroorzaakt, maar dat is beperkt tot een bepaalde categorie fouten. De Staat is in het verleden ook daadwerkelijk aansprakelijk gesteld en tot schadevergoeding verplicht.

De notarissen kennen geen speciaal fonds waaruit schade die overigens niet gedekt is, wordt vergoed. Verzekeraars hebben geen invloed op de notariële regelgeving, ook niet naar aanleiding van een bepaald schadepatroon. Respondenten zouden het toejuichen als de aansprakelijkheid van de overheid niet slechts voor een bepaalde categorie schadegevallen zou gelden, maar dat die alle notariële activiteiten zou betreffen.

5.17.12. Nascholing van notarissen

Er bestaat geen verplichting voor de notarissen tot nascholing; wat er gebeurt, gaat op vrijwillige basis. Respondenten menen dat een verplicht studietraject gewenst zou zijn en stellig de kwaliteit van het notariaat zou verhogen.

5.17.13. Centrale registers

De Tsjechische nationale Kamer van Notarissen heeft een centraal testamentenregister onder haar beheer en ook een register inzake pandrechten. Een register inzake huwelijksvoorwaarden is in voorbereiding. De registers zijn niet aangesloten bij en hebben geen uitwisseling met vergelijkbare registers uit andere landen. Een internationale koppeling van de testamenten- en huwelijksgoederenregisters zou in een internationaliserende wereld het rechtsverkeer zeer ten goede komen. De registers die er zijn, zijn efficiënt en van grote waarde voor dat rechtsverkeer.

5.17.14. *Lijdelijkheid, ministerieplicht van de notaris en full service*

Notarissen zijn niet lijdelijk; met name de rol bij *Belehrung* en *Beratung* maakt dat er weinig passiviteit meer bestaat.

Notarissen hebben ook in Tsjechië een ministerieplicht, dat wil zeggen dat zij iedere gebruikelijke dienst waarvoor zij aangewezen zijn bij wet ook daadwerkelijk moeten aanbieden als daarom gevraagd wordt. Dat neemt niet weg dat de notaris ook zijn diensten in bepaalde situaties mag of soms zelfs moet weigeren. Zo mag de notaris weigeren als:

- de gevraagde dienst in strijd is met de wet of enige andere regelgeving;
- als een van de partijen of alle partijen een te nauwe verwantschap heeft/hebben met de desbetreffende notaris;
- de notaris in dezelfde zaak al aan een van de partijen een advies heeft gegeven en de andere partij ook een advies wil, terwijl er sprake is van tegenstrijdige belangen.

Een notaris kan zich na aanvankelijk ingeschakeld te zijn, terugtrekken uit een zaak als:

- het vertrouwen tussen de notaris en de partij(en) verstoord is;
- er onvoldoende medewerking van de kant van partij(en) is;
- partij(en) zonder deugdelijke reden weigerachtig blijven om een redelijke aanbeting aan de notaris te doen.

Een notaris moet in het vervolg zijn diensten onthouden aan een bepaalde cliënt als deze zich bij herhaling aan één of meer van voorgaande feiten schuldig maakt. Het systeem van dienstverlening en -weigering vormt, volgens respondenten, een afgewogen en uitgebalanceerd geheel, waardoor er garanties bestaan tot een goede toegankelijkheid voor iedere vrager van notariële diensten en de foute zaken vermeden worden. Zoals vermeld, moet de notaris zijn diensten desgevraagd verlenen. Die ministerieplicht geldt voor iedere notaris persoonlijk. Tsjechië kent dus ook de full-serviceverplichting.

5.17.15. *Plaats van vestiging, standplaats*

Bij de benoeming tot notaris wordt aan de nieuw benoemde notaris een plaats van vestiging aangewezen. Binnen die standplaats moet de notaris kantoor houden.

De notaris mag in de hele Tsjechische Republiek akten passeren, maar niet in het buitenland.

Ook mag de notaris zitdagen houden buiten zijn kantoor. De notaris moet de nationale Kamer van Notarissen informeren waar hij zijn kantoor houdt, waar en wanneer hij zitdagen houdt en welke wijzigingen zich daarin voordoen. Gebrui-

kelijk zal de notaris zijn akten passeren in zijn kantoor, maar ook ter plekke van de locatie die onderwerp van de akte uitmaakt.

Ook mag de notaris in andere plaatsen van het land akten passeren. Een grote vrijheid derhalve in de keuze van de locatie voor het passeren van de akte. Daardoor en door het benoemings- en standplaatsenbeleid is er over het hele land een gegarandeerd goede toegankelijkheid van de notaris. De notaris mag zijn cliënt ter wille zijn en op de door deze gekozen plaats de akte passeren, waar dan ook binnen de landsgrenzen.

5.17.16. *Ambtsgeheim, verschoningsrecht, witwassen en criminaliteitsbestrijding*

Notarissen hebben een geheimhoudingsplicht. Die geldt echter niet onder alle omstandigheden. Zo kan een notaris zich in een tegen hem aangespannen tuchtrechtprocedure daarop tegenover het tuchtrechtcollege niet beroepen, evenmin als tegenover de indiener van de desbetreffende klacht ter gelegenheid van diens voorbereiding van de desbetreffende tuchtrechtprocedure. Ook is een notaris niet aan zijn geheimhouding gehouden in geval van een gerechtelijke procedure, waarbij een partij de notaris van zijn geheimhoudingsplicht in het desbetreffende geschil ontslaat. Geheimhouding werkt ook niet ingeval de notaris door wel te spreken een misdrijf kan doen voorkomen. Er bestaat ook een verplichting tot het verlenen van inzage in bepaalde belastingaangelegenheden. Ook is er meldingsplicht in geval van witwassen van gelden of het nakomen van speciale regelingen inzake internationale sancties ter bevordering van vrede en veiligheid, alsook inzake de bescherming van elementaire mensenrechten en in geval van acties tegen terrorisme.

Overwegend is het een goed systeem. Toch menen respondenten dat het in de rede ligt enige, zij het ook geringe, aanpassingen door te voeren, waardoor het geheimhoudingsrecht weer versterkt wordt. Vertrouwelijkheid is immers inherent aan de juridische beroepen, niet in de laatste plaats het notariaat. Zoals gemeld, heeft de notaris ook een belangrijke taak in de strijd tegen het witwassen van gelden. Zo wordt streng de hand gehouden aan de identificatieplicht en moeten ongebruikelijke, verdachte transacties worden gemeld.

Door de activiteiten ter bestrijding van witwassen en andere misdrijven heeft de notaris zeker een belangrijke rol bij het terugdringen van criminaliteit. Het ministerie van Justitie houdt toezicht op de naleving van de voorschriften ter zake van de melding van ongebruikelijke transacties en de identificatie.

5.17.17. *Executoriale titel*

Niet alle notariële akten hebben een executoriale titel, maar wel de akten die een overeenkomst hebben vastgelegd en waarbij de partij(en) die een verplichting op zich hebben genomen, toestemming heeft/hebben gegeven om die akte als executoriale titel te doen gelden.

5.17.18. *Notaris in loondienst, deeltijdnotaris*

Een notaris mag niet in loondienst van een andere notaris werkzaam zijn. Ook kan een notaris niet in deeltijd benoemd worden. Wel mag een notaris afwezig zijn als zijn ambt dan maar wordt waargenomen door een notaris-associé of door een zogenoemde permanente waarnemer. Waarnemer kan bijvoorbeeld zijn een kandidaat-notaris die door de Kamer van Notarissen van de desbetreffende regio als zodanig is aangewezen. Notarissen kunnen niet gezamenlijk één protocol delen. Respondenten achten een notaris in loondienst niet verenigbaar met de voorgeschreven onafhankelijkheid van iedere notaris. Onafhankelijkheid is een van de belangrijkste fundamenten van het Latijnse notariaat.

5.17.19. *Oudedagsvoorziening en goodwill*

Het Tsjechische notariaat kent geen collectieve pensioenvoorziening. Het is de notaris niet toegestaan om van zijn ambtsopvolger een goodwill voor zijn notariële praktijk te bedingen.

5.17.20. *Algemeen*

In verband met de actuele hervorming van het justitieel apparaat en de wens tot vermindering van de werkdruk op de rechterlijke macht staan met name ook de rol en de bevoegdheden van de notaris in de aandacht. De overheid onderzoekt in hoeverre het notariaat nog meer dan tot dusver kan bijdragen aan het terugdringen van de gang naar de rechter.

5.18. **Het notariaat in Roemenië**

5.18.1. *Tarieven voor notariële diensten*

Notarissen zijn gerechtigd voor alle diensten die zij verlenen een honorarium in rekening te brengen. De tarieven zijn ofwel minimum ofwel vast, ofwel trapsgewijs stijgend of op basis van een percentage.⁶⁷³

Vaste tarieven worden gerekend voor bijvoorbeeld testamenten, oprichtingsakten van vennootschappen, stichtingen, statutenwijzigingen en bijbehorende stukken, volmachten, juridische adviezen, legalisatie van handtekeningen, waarmerken van documenten, gelijkkluidendheidsverklaringen op kopieën.

De minimumtarieven worden vastgesteld door de Kamer van de Nationale Unie van notarissen, maar behoeven de goedkeuring van de minister van Justitie. Die vaststelling geldt voor onbepaalde tijd. De Raad doet voorstellen aan de minis-

673 Roemeense notariswet artikel 32 en 28.

ter voor nieuwe tarieven, zodra daar aanleiding toe is. De huidige tarieven zijn in 2005 vastgesteld.

Respondenten achten het systeem van minimumtarieven zoals die door de Nationale Kamer worden voorgesteld adequaat, aangezien daardoor de concurrentie op prijs tussen de notarissen in ieder geval een verantwoorde bodem heeft. Dat het minimumtarieven betreft, heeft verder als gunstig effect dat de notaris gerechtigd is hogere kosten in rekening te brengen naarmate het dossier gecompliceerder is.

5.18.2. *Numerus clausus*

Het aantal plaatsen van vestiging wordt jaarlijks in het eerste kwartaal vastgesteld door de minister van Justitie aan de hand van een voorstel van de Kamer van de Nationale Unie van notarissen. De voorstellen van de Kamer zijn gebaseerd op de rapporten van de regionale Kamers van notarissen die bij hun rapportage onder meer rekening houden met het aantal notaris-assessoren, die in het voorafgaande jaar hun notariële examens met goed gevolg hebben afgelegd en de ambitie hebben daadwerkelijk notaris te worden. Bij de vaststelling van het aantal standplaatsen wordt verder onder meer rekening gehouden met de plaatselijke behoefte van de bevolking naar notariële bijstand, naar de omvang van de standplaatsen, het inwoneraantal per standplaats, de economische en sociale omstandigheden in het desbetreffende gebied, de aanwezigheid en zwaarte van ondernemingen, de werkgelegenheid, het aantal vastgoedtransacties, alsmede het aantal notariële akten. *Numerus clausus* derhalve, maar wel dynamisch door een jaarlijkse bijstelling van het aantal standplaatsen.

5.18.3. *Exclusieve bevoegdheden van de notaris*

Aan de notaris zijn exclusief een aantal taken opgedragen, zoals de waarmerking van documenten, de afwikkeling van nalatenschappen, het opmaken en legaliseren van wisselprotesten, promesses en cheques. Advocaten zijn ook gerechtigd tot het opmaken van een aantal officiële documenten en tot het afgeven van identiteitsverklaringen. In plaatsen waar geen notariskantoor is gevestigd, zijn ook de secretarieën van de bestuurlijke gemeenten gerechtigd tot het opmaken van een aantal verklaringen die anders aan de notaris zijn voorbehouden. Ambassades en consulaten van Roemenië in het buitenland hebben eveneens de bevoegdheid tot een aantal notariële handelingen. De notaris is vooral bezig met het verstrekken van juridische adviezen en de strijd tegen het witwassen van gelden. Respondenten zijn tevreden over hun notariaat en hebben geen verlangens ten aanzien van wijzigingen.

5.18.4. *Publiciteit door een notaris*

Individuele reclame door een notaris stemt niet overeen met de eer en het aanzien van het notarisambt. Het is de notaris wel toegestaan om bekendheid te geven aan het adres en de specifieke activiteiten van zijn kantoor. Ook kan de Nationale Kamer van de notarissen publiciteit bedrijven ten aanzien van het notarisambt in zijn algemeenheid en om daarbij de voordelen van de notariële tussenkomst te belichten. Iedere notaris heeft aldus gelijke, maar wel beperkte mogelijkheden tot publiciteit.

5.18.5. *Samenwerkingsverbanden van notarissen en de rechtsvorm waarbinnen dat mag*

Het is notarissen toegestaan binnen één rechtspersoon samen te werken. Een dergelijke notarispraktijk kan binnen die vennootschap personeel aannemen, zoals één of meer notaris-assessoren, een vertaler en een administratieve en secretariële staf. Een jurist mag derhalve wel in loondienst in het kader van de notariële werkzaamheden in dienst worden genomen, maar een notaris mag zich niet associëren met een advocaat, accountant of belastingadviseur.

Respondenten juichen het toe dat associaties van notarissen mogelijk zijn en ook binnen één rechtspersoon. Door de samenwerking zijn er grotere mogelijkheden tot het voeren van een goede kantoororganisatie en tot het optimaliseren van de notariële ambtsuitoefening.

5.18.6. *Notariële regelgeving in algemene zin*

Door het Roemeense parlement is de Notariswet aangenomen, terwijl de minister van Justitie verschillende nadere regels voor de tenuitvoerlegging heeft afgekondigd. De uitvoeringsregels van de Notariswet zijn verschillende keren gewijzigd. De Notariswet zelf is door het parlement slechts op ondergeschikte punten aangepast en is dus vrijwel niet gewijzigd sinds de invoering.

Verder heeft het eerste congres van de Nationale Kamer van alle Roemeense notarissen zijn Statuten en nadere verordeningen vastgesteld ter organisatie en uitvoering van het ambt; deze kunnen uitsluitend met instemming van dezelfde instantie worden aangepast. Behalve parlement, minister van Justitie en de Nationale Kamer van Notarissen zijn er geen instanties bevoegd tot regelgeving inzake het notariaat.

Zo heeft ook de nationale mededingingsautoriteit geen bevoegdheid tot regelgeving en heeft deze ook geen invloed op de genoemde wel bevoegde instanties inzake de regulering van het notariaat.

5.18.7. *Full service*

Iedere notaris is verplicht alle gebruikelijke notariële diensten desgevraagd ook daadwerkelijk te verlenen. Pure specialisatie is derhalve niet toegestaan. De ministerieplicht van alle gebruikelijke diensten (de full service) betreft iedere notaris individueel, ongeacht of hij nu als solitair notaris optreedt of in een associatief verband met meer notarissen. Zeker in de plattelandsplaatsen, waar vaak slechts één notaris is, is het van het grootste belang dat ieder elke notariële dienst in zijn regio verleend kan krijgen.

6. Een vergelijking en samenvatting van de omschreven reguleringen van het notariaat in de beschreven EU-landen

6.1. Tarieven voor notariële diensten

6.1.1. In schema weergegeven

Land	T	V	P	Min	Max	A	LW	I	CS	Door wie vastgesteld
België	X	X	X	X	X	—	1980	—	X	Koninklijk Besluit
Duitsland	X	X	X	O	O	X	1998	—	X	Federale wet <i>Kostenordnung</i>
Nur-notaris										
Duitsland	X	X	X	O	O	X	1998	—	X	Federale wet <i>Kostenordnung</i>
Anwalt-notaris										
Estland	X	X	O	X	X	—	O	—	X	Nationale wetgever
Frankrijk	X	X	X	X	—	—	1978 ¹⁾	—	X	Minister van Justitie samen met minister van Economische Zaken
Hongarije	X	X	X	O	X	O	O	O	X	Minister van Justitie
Italië	X	—	—	—	X	—	2006	—	X	Nationale Notariële Kamer met goedkeuring ministerie van Justitie
Letland	X	X	O	O	O	O	1993	— ²⁾	O	Nationale regering
Litouwen	X	X	X	X	X	—	2008	—	X	Nationale regering
Luxemburg	X	—	X	X	X	X	1985	—	X	Nationale regering
Malta	X	X	X	—	X	X	1969	—	X	O
Nederland	—	—	—	—	X	—	—	—	—	Minister van Justitie
Oostenrijk	X	X	—	—	X	—	O	—	O	Federale minister van Justitie, met toestemming parlement
Polen	X	—	—	—	X	—	O	—	—	Minister van Justitie
Slowakije	X	X	—	X	X	—	O	—	O	Minister van Justitie
Spanje	X	X	X	—	—	—	1989	O	X	Koninklijk Besluit
Tsjechië	X	X	—	—	—	—	O	—	O	Minister van Justitie
Roemenië	X	X	X	X	—	—	2005	—	X	Kamer van Nationale Unie van Notarissen met goedkeuring minister van Justitie

X = ja
— = nee

O = niet bekend

T: tariefregeling

V: vaste tarieven

P: procentuele tarieven

Min: minimumtarieven

Max: maximumtarieven

A: adviestarieven

LW: laatste wijziging

I: geïndexeerd

CS: cross-subsidie

1) In 2007 zijn wel enkele wijzigingen doorgevoerd.

2) Het ligt in de bedoeling om in Letland wel een

indexering in te voeren.

6.1.2. Enige kanttekeningen bij de tariefregelingen

De inventarisering van de tariefregeling in de onderzochte notariaten laat zien dat er op dat gebied niet veel gedereguleerd is. Nederland kent geen tariefsysteem meer. Het enige dat rest is een maximumregeling voor minvermogenden in het familierecht.

Oostenrijk en Polen kennen uitsluitend nog maximumtarieven.⁶⁷⁴ Dat wil zeggen dat onder die maxima vrij mag worden onderhandeld over de hoogte van het tarief.

In Italië zijn alleen de werkzaamheden die gerelateerd zijn aan een ambtelijke activiteit getarifeerd. Bovendien zijn daar recent de minimumtarieven afgeschaft en zijn alleen de maximumtarieven overgebleven.

Het strengste in de tariefleer is wellicht Duitsland, waar de notariële tarieven in dezelfde wet (*Kostenordnung*) zijn opgenomen als de gerechtelijke leges. Bij het pleidooi voor de notaris die met overheidsgezag bekleed is, speelt in Duitsland ook deze verbondenheid met de rechterlijke macht een rol. De landen van de voormalige DDR kennen een lager tarief dan de rest van Duitsland. De procentuele tarieven die in de diverse landen gehanteerd worden, zijn geen adviestarieven, maar zijn vast voorgeschreven. Die procentuele tarieven zijn in de meeste landen degressief, in andere landen proportioneel. Voor zover de tarieven procentueel worden vastgesteld over de waarde van het desbetreffende belang is veelal een indexering niet zo nodig. Immers, de waarde van het desbetreffende belang stijgt in het algemeen wel met het algemene economische beeld en blijft aldus veelal op peil. Tenzij, zoals in Malta, een maximum aan het procentuele tarief zit, dat niet geïndexeerd is. De echt vaste tarieven kunnen als ze niet geïndexeerd zijn soms stevig achterlopen.

Aanpassingen gebeuren in het algemeen onregelmatig, maar in Litouwen jaarlijks en soms zelfs een aantal keren per jaar.

De tariefregelingen worden in zestien van de zeventien onderzochte landen op enige manier vastgesteld door de centrale overheid.

Veel landen geven als risico van te vrije tarieven aantasting van onafhankelijkheid, onpartijdigheid en kwaliteit aan.

674 De werkzaamheden als gerechtscommissaris zijn in Oostenrijk wel getarifeerd.

6.2. Toegang tot het ambt van notaris

6.2.1. In schema weergegeven

Land	J	B	VE	S	D	NE	NC	Benoeming door/bij:
België	X	X	X	3	67	X	X	Koninklijk Besluit (minister van Justitie)
Duitsland	X	X ¹⁾	—	2,5	70	X	X	Regering (minister van Justitie) van het desbetreffende bondsland
Nur-notaris								
Duitsland	X	X ¹⁾	X	2,5	70	X	X	Regering (minister van Justitie) van het desbetreffende bondsland
Anwalt-notaris								
Estland	X ²⁾	X	—	2	73	—	X	Minister van Justitie
Frankrijk	X	X	X ⁷⁾	2	— ³⁾	X	X	Minister van Justitie
Hongarije	X	X	—	3	70	X	X	Minister van Justitie
Italië	X	X	X	1,5	75	—	X	Minister van Justitie
Letland	O	O	O	O	O	—	X	O
Litouwen	X	X	—	5	65	X	X	Minister van Justitie
Luxemburg	X	X	—	2	72	X	X	Groot-Hertogbesluit (minister van Justitie)
Malta	X	X ⁴⁾	—	1	—	O	—	President van de Republiek Malta
Nederland	X	X	—	6	70	X	—	Koninklijk Besluit (minister van Justitie)
Oostenrijk	X	X ⁶⁾	—	7 ⁵⁾	O	X	X	Federale minister van Justitie
Polen	O	O	O	O	O	X	—	O
Slowakije	X	X ⁴⁾	—	5 ⁸⁾	—	X	X	Minister van Justitie op voordracht van de Notariskamer
Spanje	X	X ⁴⁾	X	—	70	—	X	Minister van Justitie
Tsjechië	X	X ⁴⁾	—	5 ⁹⁾	O	X	X	Minister van Justitie op voordracht Notariskamer
Roemenië	O	O	O	O	O	X	X	O

X = ja

— = nee

O = niet bekend

J: juridische opleiding aan een universiteit

B: specifieke notariële beroepsopleiding

VE: vergelijkend beroepsexamen

S: stage (aantal jaren)

D: defungeren op welke leeftijd

NE: nationaliteitseis van het desbetreffende land

NC: *numerus clausus* aantal notarissen

1) Assessor examen.

2) Bachelor juridische wetenschappen.

3) Wel in Elzas-Lotharingen en daar met 70 jaar.

4) Geen specifieke opleiding, maar wel een examen.

5) Praktische ervaring vereist van zeven jaar, waarvan ten minste drie jaar als kandidaat-

notaris. Daar komt nog bij een notariële ervaring van minstens 2½ jaar, voordat men het notarieel toelatingsexamen mag afleggen. De genoemde drie jaar begint pas na het examen te tellen. Totale stage derhalve minstens 9½ jaar.

6) Althans een notarieel toelatingsexamen.

7) Alleen voor:

- zij-instromers, bijvoorbeeld vanuit de rechterlijke macht;
- degenen die op een nieuwe plaats van vestiging solliciteren.

8) Waarvan twee jaar daadwerkelijk in de notariële praktijk moet worden gewerkt.

9) Waarvan drie jaar daadwerkelijk in de notariële praktijk moet worden gewerkt.

6.2.2. Enige kanttekeningen bij de toetredingseisen

Met uitzondering van Estland is in alle onderzochte landen een voltooide academische rechtenstudie een vereiste om tot notaris benoemd te kunnen worden.

In de meeste landen bestaat een aanvullende notariële beroepsopleiding respectievelijk een notarieel toelatingsexamen.

In België, Frankrijk, Italië en Spanje zijn dat vergelijkende examens. Kennelijk is het notariaat in die landen een aantrekkelijk ambt, gezien de grote aantallen kandidaten. Men kan tevoren de voorkeur voor een standplaats aangeven, waarna

in volgorde van de examenresultaten die voorkeuren gehonoreerd worden. Wellicht een systeem ter navolging, maar dan moeten er wel voldoende sollicitanten zijn en die komen er alleen dan als ook in die andere landen het notarisambt aantrekkelijk genoeg is.

Polen kent geen stageverplichting, van drie landen is het niet bekendgemaakt, maar de overige landen kennen alle een stagevereiste, variërend van twee tot zeven jaren.

Zoals eerder beschreven, vormt de nationaliteitseis een heet hangijzer. Italië, Letland en Spanje hebben intussen de nationaliteitseis ten aanzien van de notaris uit hun wetgeving geschrapt. Estland lijkt voornemens dat eveneens te doen. Nederland is op dat plan teruggekomen. De overige landen (en nu ook Nederland) willen die eis handhaven.

De meeste landen hebben geen minimumleeftijd als eis gesteld voor de benoembaarheid tot notaris. Door stapeling van de verschillende opleidingen, examens en stage wordt immers al gauw een leeftijd bereikt die kennelijk geen bezwaren oproept en in het algemeen op zijn jongst tegen de 30 jaar zal zijn.

De maximumleeftijd tot waarop men notaris mag zijn, varieert van 65 jaar in Litouwen tot 75 jaar in Italië.

Wat niet in het schema is opgenomen, maar wat wel in veel landen een rol speelt bij de benoeming tot notaris, is een persoonlijkheidsonderzoek. Zo moet vrijwel in alle landen de kandidaat van onbesproken gedrag zijn. In Italië mag er geen veroordeling geweest zijn ter zake van een overtreding of misdrijf waarvoor een gevangenisstraf bestaat van minimaal zes maanden. Litouwen heeft als eis opgenomen dat de kandidaat ook lichamelijk geen gebreken mag hebben die het functioneren als notaris zou kunnen belemmeren of in ernstige mate hinderen.

Overall heeft de overheid een grote invloed op de uitoefening van het notarisambt. Letland, Polen en Roemenië hebben de vraag door wie de notaris benoemd wordt niet beantwoord. In alle overige landen wordt de notaris benoemd door de centrale overheid, bij Koninklijk Besluit, bij Groot-Hertogelijk Besluit, veelal door de minister van Justitie, door de president (Malta) en in Duitsland door de regering van het desbetreffende Bondsland. In alle landen vindt de benoeming dus niet middellijk, niet via via, maar rechtstreeks en specifiek door de overheid plaats. Volledig in lijn met de vaste jurisprudentie van het HvJ EU dat voor deelname aan het overheidsgezag een rechtstreekse en specifieke deelname aan dat overheidsgezag als voorwaarde stelt. Dat vormt een van de argumenten om te oordelen dat de notaris wel degelijk met (gedelegeerd) overheidsgezag is belast.

Evenals de tariefregulering worden ook toetredingseisen tot de verschillende professies vanuit mededingingsoptiek met argusogen bekeken. Met name de *numerus clausus* staat in de top van marktbeperkende regelgeving. De *numerus clausus* is al dan niet dynamisch. Alleen Nederland, Polen en Malta kennen geen

numerus clausus.⁶⁷⁵ Argument om wel een *numerus clausus* te hebben, is vooral de noodzaak van een goede en evenwichtige spreiding van de notariële dienstverlening over het gehele desbetreffende land. In een zeer dicht bevolkt land zoals Nederland is de bereikbaarheid in het algemeen minder een probleem dan in bijvoorbeeld Spanje, waar een dorpje zo maar 80 kilometer van de dichtstbijzijnde stad kan liggen. Van drie landen is het niet bekend, in de overige veertien landen worden ook die regels door de overheid vastgesteld.

De andere toetredingseisen staan minder onder druk van de door de Europese Commissie gewenste marktwerking. Met uitzondering natuurlijk van de nationaliteitseis die in het kader van de vrijverkeersbepalingen uit het VWEU door de Commissie wordt bestreden.

675 Opmerkelijk is de opmerking van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie in Notariaat Magazine, jaargang 11, januari 2011, editie 1, p. 11. Teeven stelt daar een heftige discussie te voorzien over het aantal notarissen. Hij sluit daarbij niet uit dat de overheid daar weer strakker de hand in wil hebben. En bovendien dat zelfredzaamheid dan wel mooi is, maar dat een notaris wel een bepaalde instroom van werkzaamheden nodig heeft om een boterham te verdienen.

6.3. Exclusieve bevoegdheden van de notaris

6.3.1. In schema weergegeven

Land	E	VG	FE	T	RP	AO
België	X	X	X	—	X	—
Duitsland	X	X	X	—	X	X
Nur-notaris						
Duitsland	X	X	X	—	X	X
Anwalt-notaris						
Estland	X	X ¹⁾	X	—	—	—
Frankrijk	X	X	X	—	—	—
Hongarije	O	O	O	O	O	O
Italië	X	X ²⁾	X	X	X	O
Letland	O	O	O	O	O	O
Litouwen	X	X	X	O	X	O
Luxemburg	X	X	X	O	X	X
Malta	X	X	X	X	—	—
Nederland	X	X	X	X	X	X
Oostenrijk	X	— ³⁾	X	—	X ²⁾	O
Polen	X	X	—	—	X	—
Slowakije	X	—	X	— ⁶⁾	X	—
Spanje	X	X ⁴⁾	X	—	X	O
Tsjechië	X	—	X	— ⁵⁾	X	—
Roemenië	X	—	X	—	—	—

X = ja

— = nee

O = niet bekend

E: exclusieve taken

VG: vastgoedakten

FE: familie- en erfrecht

RP: rechtspersonenrecht

AO: aandelenoverdracht

T: testamenten

1) Alleen de certificatie van vastgoedakten.

2) Deels alleen maar certificatie, deels ook inhoudelijke akten.

3) Op niet-exclusieve basis wordt de Oostenrijkse notaris toch voor veel vastgoedtransacties en hypotheek ingeschakeld (dus geen monopolie).

4) Alleen voor schenking van vastgoed en de vestiging van hypotheek, verder is er echter, hoewel niet verplicht, toch tussenkomst van de notaris.

5) Wel de inschrijving van testamenten.

6) Wel de inschrijving van testamenten en het opmaken van testamenten voor gehandicapten die niet zelfstandig een testament kunnen opmaken.

6.3.2. Enige kanttekeningen bij de exclusieve bevoegdheden

Hoezeer het Nederlandse notariaat ook, zelfs avant la lettre wat betreft de acties van de Europese Commissie inzake marktwerking/deregulering voor de vrije beroepen, bij de Wna 1999 de marktwerking heeft bevorderd, het aantal aan de notaris opgedragen exclusieve taken heeft niet onder vuur gelegen. Integendeel, in Nederland zijn monopolies, zoals inzake het rechtspersonenrecht, toegevoegd respectievelijk zullen binnenkort worden toegevoegd. Nederland loopt in Europa ten aanzien van de omvang van haar takenpakket zowel in exclusiviteit als in concurrentie voorop. Ook de notarissen in Duitsland, Luxemburg, Italië, Spanje en Litouwen hebben een omvangrijk takenpakket.

Opvallend is dat het opmaken van testamenten maar in zo weinig landen exclusief aan het notariaat is voorbehouden. Terwijl juist het opstellen van testamenten veel kennis, ervaring en analytisch inzicht vereist en dat bij testateurs zelf vaak niet aanwezig is. Bovendien, als het testament geopend wordt, kan het door overlijden van de testateur niet meer gecorrigeerd worden, noch kan gevraagd worden wat precies de bedoeling was, als het testament al niet weggeraakt is. De erfrechtregels en de vormvoorschriften kennen, de oplossingen voorhanden hebben, mogelijk via *Belehrung* en *Beratung* een overdenkmoment inlassen. Dat alles maakt dat testamenten juridisch goed tot stand komen en na overlijden ook stand houden en geen of vrijwel geen aanleiding tot rechtsgedingen geven. Een ander punt is de compleetheid en betrouwbaarheid van testamentenregisters die door notarissen gevoed worden. Er zijn veel redenen om, als een land dan toch heeft gekozen voor het Latijnse notariaat, dan ook de testamenten tot de verplichte en exclusieve taak van de notaris te maken.

Ook ter zake van de akte van aandelenoverdracht geeft het schema aan dat er slechts drie landen zijn waar dat uitsluitend notarieel kan. Als akten van aandelenoverdrachten door partijen zelf mogen worden opgemaakt dan zal er vaker sprake zijn van niet-bestaande aandelen, van niet (meer) bestaande vennootschappen, van het ontbreken van garanties en van het achterwege laten van bepaalde vormvoorschriften. Zelfs nietigheid, door het niet-nakomen van vormvoorschriften, kan het gevolg zijn. Het zal echt in veel gevallen wel goed gaan, maar het aantal missers in Nederland van voor de verplichte notariële aandelenoverdracht was vele malen groter dan nadat die verplichting wel gold. Bovendien weet de criminaliteit heel goed gebruik te maken van de mogelijkheden tot zwendel in de wereld van de overdracht van aandelen. Justitie en fiscus in Nederland zijn blij met de poortwachtersfunctie van de notaris en de mogelijkheid om de eigendom van aandelen te kunnen volgen via de notariële akten die ter registratie bij de Belastingdienst moeten worden aangeboden. Frankrijk, toch een land met een voortreffelijke regelgeving, laat de toepassing van het gehele rechtspersonenrecht vrij en heeft dat niet aan de notaris opgedragen. Er mag dan een goede wetgeving bestaan, als de regels niet stipt nageleefd en gecontroleerd worden, wordt het beoogde doel niet bereikt. Het is niet goed te verklaren waarom in een land als Frankrijk die taak niet aan het notariaat is opgedragen. Ook de oprichting, statutenwijziging en overdracht van aandelen in de *Société Civile Immobilière* zijn vrij.

Zoals in Frankrijk het vastgoedverkeer aan het notariaat is toevertrouwd, zo is dat in vrijwel alle onderzochte landen het geval. Niet echter in Oostenrijk, Tsjechië, Hongarije en Roemenië. De Oostenrijk omringende landen hebben na de val van de muur wel heel sterk naar de Oostenrijkse wetgeving gekeken. Grotendeels met recht, want het Oostenrijkse rechtssysteem zit goed in elkaar, alleen in de wereld van het vastgoedverkeer had dat beter niet maatgevend kunnen zijn.

De voormalige Europese Oostbloklanden hebben een Latijns notariaat ingevoerd, maar plegen de toekenning van de daarbij behorende exclusieve taken voor een deel pas na gebleken behoefte toe te kennen.

Ook in Luxemburg heeft het notariaat een aanzienlijk aantal exclusieve bevoegdheden. Exclusief, behalve ten aanzien van de overheid. De Luxemburgse overheid mag haar eigen akten opmaken en passeren. Van onpartijdigheid en onafhankelijkheid blijft weinig over als een van de partijen haar eigen akten mag opmaken.

Het Spaanse notariaat beklaagt zich over het gegeven dat partijen vaak niet het verschil zien tussen de aan de notaris opgedragen taken. In de ene soort zaken houdt de notaris zich inhoudelijk met de akte bezig en is hij ook verantwoordelijk voor de inhoud. In andere aangelegenheden certificeert de notaris alleen en bemoeit hij zich niet met de inhoud van de akte. Voor het publiek is dat rolverschil niet altijd duidelijk; de verwachting is dat als de notaris wordt ingeschakeld, de inhoud dan ook wordt gecontroleerd en juist is. Bij uitsluitend legaliseren is dat niet het geval. De notaris wordt dan toch (vergeefs) op de eventuele fouten aangesproken. Zeker buitenlanders die in Spanje een huis kopen, verwachten van de notaris een vergelijkbare rol als van de notaris in bijvoorbeeld Frankrijk of Duitsland. Een kwalitatief zo sterk notariaat⁶⁷⁶ als het Spaanse zou het waard zijn haar taak in dat belangrijke rechtsgebied opgewaardeerd te krijgen. Legalisatie, certificering (ook in andere landen) zou vaker gepaard moeten gaan met verantwoordelijkheid voor de inhoud.

6.4. Taken van de notaris die de druk op de rechterlijke macht verminderen

6.4.1. Enige kanttekeningen

Door de aard van zijn werkzaamheden verzorgt de notaris in alle onderzochte landen een vorm van preventieve rechtshulp. Dat komt tot uiting in correcte vastlegging van de afspraken en intenties van partijen, met kennis en toepassing/bewaking van de relevante wettelijke voorschriften, goede voorlichting en advisering en aandacht voor bestrijding van fraude en witwaspraktijken. Dat helpt de druk op de rechterlijke macht te verminderen.

In Oostenrijk, Slowakije en Tsjechië treedt de notaris op als *Gerichtskommissar*. Ook in die functie ontlast de notaris de rechterlijke macht.

In Nederland bestaat een specialistenvereniging van notarissen en kandidaat-notarissen die zich toeleggen op en bekwamen in mediation. Ook in veel andere landen houdt de notaris zich bezig met mediation. Hoewel de Duitse respondent aangaf dat mediation eigenlijk oude wijn in nieuwe zakken is, omdat het notariaat zich al sinds mensenheugenis bezighoudt met de oplossing van geschillen in alle

676 Door de vergelijkende examens bezet door de beste juristen.

zaken die zij ter behandeling onder zich krijgt, zowel in het erf-, huwelijksvermogens- als vennootschapsrecht, maar ook bij bijvoorbeeld koop, overdracht en huur.

Daar waar rechterlijke instanties overbelast zijn zou het notariaat verder kunnen worden ingeschakeld, eventueel in voorkomende gevallen onder uiteindelijke supervisie van de rechter.

6.5. Publiciteit door een notaris

6.5.1. In schema weergegeven

Land	IR	A	G	C	I
België	–	X	–	X	X
Duitsland	–	O	–	X	X
Nur-notaris					
Duitsland	–	O	–	X	X
Anwalt-notaris					
Estland	–	O	O	X	O
Frankrijk	–	X ¹⁾	–	X	O
Hongarije	–	X	–	X	O
Italië	X	X	O	X	X
Letland	–	–	–	X	O
Litouwen	–	X	O	X	X
Luxemburg	–	X	–	X	X
Malta	–	X	O	X	X
Nederland	X –	X	X	X	X
Oostenrijk	X –	X	–	X	X
Polen	–	O	–	X	–
Slowakije	–	–	O	X	X
Spanje	X –	X	–	X	O
Tsjechië	X –	X	–	X	X
Roemenië	X –	X	O	X	O

X = toegestaan

X_ = toegestaan met specifieke beperkingen

– = niet toegestaan

O = niet bekend

IR: individuele reclame

A: advertenties voor veilingen, personeel e.d.

G: grote naamsaanduiding aan de gevel

C: collectieve publiciteit door de beroepsorganisatie

I: internetsites

1) Zeker de advertenties voor bijvoorbeeld verkoop/

veilingen vastgoed.

6.5.2. Enige kanttekeningen bij publiciteit

Individuele reclame is overal in meer of mindere mate beperkt respectievelijk aan enige algemene beginselen gebonden. Enige criteria die vrij algemeen gevoerd worden zijn:

- de publiciteit moet altijd juist en integer zijn;
- moet in overeenstemming zijn met het aanzien van het ambt;
- behoort zorgvuldig te worden uitgevoerd;

- mag niet vergelijkend zijn met andere kantoren;
- zal objectief informatief zijn;
- professioneel decorum moet in acht worden genomen.

Argumenten die door de verschillende landen worden aangevoerd tegen (een te ruime mogelijkheid van) reclame zijn bijvoorbeeld:

- degene die het meest adverteert hoeft niet de beste notaris te zijn;
- omdat iedere notaris alle hem toevertrouwde gebruikelijke werkzaamheden goed kan uitvoeren, is reclame niet nodig;
- concurrentie moet gevormd worden door kwaliteit, niet door reclame;
- de rechter maakt ook geen reclame (Duitsland);
- de keuze voor een notaris moet niet op basis van reclame gemaakt worden (Estland);
- openbare ambtenaren en notarissen hebben eenzelfde beroepskwalificatie, beide maken voor die overheidstaak geen reclame (Frankrijk);
- de vrije keuze van het publiek mag niet beïnvloed worden (Spanje);
- als drager van overheidsgezag heeft de notaris een professionele en ethische verantwoordelijkheid, daar past geen ongebreidelde reclame bij (Oostenrijk).

De argumentatie tegen reclame wordt voor een goed deel gebaseerd op het gedelegeerde overheidsgezag.

In Italië is in 2006 een algemene wet aangenomen waarin bepaald is dat alle verboden op individuele publiciteit moeten worden afgeschaft. Ook Tsjechië zou graag verruiming van de publiciteitsvoorschriften zien. Ook in Nederland mag sinds 1999 veel en wordt er gestreefd naar aansluiting bij de Reclame Code Commissie (RCC).

De toekomst zal leren welke richting de sterkste zal blijken te zijn, er komen steeds meer openingen in het vroegere brede reclameverbod, met als gevolg een toename van de individuele publiciteit. Opvallend in het overzicht is dat met name een medium als internetsites veelal ongemoeid wordt gelaten, terwijl de meer klassieke publiciteit wel aan banden is gelegd.

Beperkingen in publiciteit staan hoog op de Europese lijst van te bestrijden marktbeperkende regelingen.

6.6. Samenwerkingsverbanden met andere notarissen respectievelijk andere professionals

6.6.1. In schema weergegeven

Land	SN	Max	AD	BA	AC
België	X	—	—	—	—
Duitsland <i>Nur</i> -notaris	X	X ¹⁾	—	—	—
Duitsland <i>Anwalt</i> -notaris	X	—	X	X	X
Estland	X	—	—	—	—
Frankrijk	X	—	—	—	—
Hongarije	X	—	—	—	—
Italië	X	—	X	O	O
Letland	O	O	O	O	O
Litouwen	X	—	—	—	—
Luxemburg	— ²⁾	—	—	—	—
Malta	X	—	X ³⁾	X ³⁾	X ³⁾
Nederland	X	—	X	X	—
Oostenrijk	X	O	—	—	—
Polen	X	—	—	—	—
Slowakije	X	O	—	—	—
Spanje	X	O	—	—	—
Tsjechië	X	—	—	—	—
Roemenië	X	—	—	—	—

X = ja

— = nee

O = niet bekend

SN: samenwerking met notarissen toegestaan

Max: aantal notarissen in samenwerking gemaximeerd

AD: samenwerking met advocaten toegestaan

BA: samenwerking met belastingadviseurs toegestaan

AC: samenwerking met accountants toegestaan

1) Beperkt tot twee notarissen, in Hamburg nu tot drie (was meer).

2) Er bestaan vergevorderde plannen om:

a. samenwerkingen tussen notarissen toe te staan;

b. de notaris-associé binnen één standplaats toe te staan.

3) Er is daarbij wel sprake van gezamenlijke huisvesting, maar niet van winstdeling; kennelijk wel heel stevige "Chinese walls".

6.6.2. Enige kanttekeningen bij de samenwerking

Samenwerking met andere beroepen mag maar in een beperkt aantal landen: Italië, Duitsland (bij de *Anwalt*-notarissen), Malta en Nederland. In de overige landen is interdisciplinaire samenwerking niet toegestaan. Mogelijke aantasting van de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid van de notaris wordt vaak als verbodsreden aangevoerd. De Nederlandse Wna 1999 vermeldt expliciet dat de notaris zijn ambt niet mag uitoefenen in enig verband, waardoor zijn onafhankelijkheid wordt of kan worden beïnvloed.⁶⁷⁷ De term wordt restrictief uitgelegd als samenwerking met partijdige advocaten vervolgens wel wordt toegestaan. In Nederland is de mogelijke aantasting van de notariële onafhankelijkheid wel aan banden

677 Artikel 17.

gelegd door een verordening interdisciplinaire samenwerking,⁶⁷⁸ waarbij tussen de beroepsgroepen “Chinese walls” zijn voorgeschreven. De Nederlandse advocatuur heeft samenwerking met accountants verboden en heeft daarvoor in Wouters⁶⁷⁹ gelijk gekregen van het HvJ EU. De Nederlandse KNB heeft vervolgens die samenwerking ook als een brug te ver aangemerkt. De deur die in de Wna was opengezet voor samenwerking met beoefenaren van een ander beroep⁶⁸⁰ is daarmee in een vaste stand gezet. Samenwerking met advocaten en belastingadviseurs mag, maar verder gaat het niet. Nederland verliest in deze regeling niet geheel de aansluiting met de andere landen.

6.7. Rechtsvorm waarbinnen een notariskantoor mag worden uitgeoefend

6.7.1. In schema weergegeven

Land	RP
België	X
Duitsland	–
Nur-notaris	
Duitsland	–
Anwalt-notaris	
Estland	–
Frankrijk	X
Hongarije	X
Italië	X
Letland	O
Litouwen	–
Luxemburg	– ¹⁾
Malta	X
Nederland	X
Oostenrijk	–
Polen	X
Slowakije	–
Spanje	–
Tsjechië	–
Roemenië	X

X = uitoefening van de notariële praktijk binnen een rechtspersoon is wel toegestaan

– = niet toegestaan binnen een rechtspersoon

O = niet bekend

RP: uitoefening van het notarisambt binnen een rechtspersoon

1) Zal onder de nieuwe wet (2010-2011) wel mogen.

⁶⁷⁸ Verordening Interdisciplinaire samenwerking 2003.

⁶⁷⁹ Zaak C-309/99 (Wouters).

⁶⁸⁰ Artikel 18.

6.7.2. Enige kanttekeningen bij de rechtsvorm

Van de onderzochte landen zijn er nu nog acht, waar het notarisambt niet binnen een rechtspersoon mag worden uitgeoefend. In Luxemburg zal het naar verwachting in 2011/2012 ook zijn toegestaan. Ook ten aanzien van de rechtsvorm zien we de nauwe relatie van de notaris met de rechter in Duitsland weer tot uiting komen. Daar wordt voor de notaris het functioneren binnen een rechtspersoon niet als passend bij het overheidsgezag ervaren. De persoon van de notaris staat centraal, die is met overheidsgezag belast en aan hem zijn overheidsprerogatieven verleend, niet aan een rechtspersoon. Hetzelfde zien we in Oostenrijk.

De fiscale faciliteiten die bepaalde rechtspersonen kenmerken, kunnen in de landen waarin deze door notarissen mogen worden gebruikt, ook door de notarissen worden genoten. De persoonlijke beroepsaansprakelijkheid van de notaris kan echter in vrijwel geen enkel land door het gebruik maken van een rechtspersoon worden beperkt.

6.8. Notariële regelgeving in formele zin

6.8.1. In schema weergegeven

Land	Wna	RKN	GO	MA
België	X	X	X	—
Duitsland	X	X	—	—
Nur-notaris				
Duitsland – <i>Anwalt</i> -notaris	X	X	—	—
Estland	X	X	— ¹⁾	—
Frankrijk	X	X	X	—
Hongarije	X	X	—	—
Italië	X	X	X	—
Letland	X	X	—	X
Litouwen	X	X	X	X ²⁾
Luxemburg	X	X	—	—
Malta	X	X ³⁾	X	—
Nederland	X	X	X	—
Oostenrijk	X	X	X	—
Polen	X	X ⁴⁾	X	X
Slowakije	X	X	X	—
Spanje	X	—	—	O
Tsjechië	X	X	X	—
Roemenië	X	X	O	—

X = van toepassing

— = niet van toepassing

O = niet bekend

X_ = ja en nee

Wna: notariswet en/of andere wetten

RKN: regelgeving door de Kamers van Notarissen

GO: goedkeuring overheid voor de regelgeving van de Kamers van Notarissen vereist

MA: recht van de mededingingsautoriteit tot inmenging in de regelgeving

1) De minister kan zich tot de rechter wenden om middels een administratieve procedure de desbetreffende regels onverbindend te laten verklaren.

2) Alleen in adviserende zin.

3) Zeer beperkt.

4) Uitsluitend in organisatorische en technische aangelegenheden.

6.8.2. Enige kanttekeningen bij de notariële wetgeving in formele zin

In alle onderzochte landen is de regelgeving waarbij het notariaat vorm krijgt respectievelijk waarbij aan het notariaat (exclusieve) taken zijn opgedragen, via de wetgeving (door de regering) tot stand gekomen. Dat betekent dat niet alleen, zoals we eerder zagen, de benoeming van de notarissen rechtstreeks en specifiek door de (centrale) overheid van de landen wordt verzorgd, maar dat ook de taken van de notaris rechtstreeks en specifiek door de (centrale) overheid bij wet aan de notaris zijn opgedragen. Ook op dit gebied valt de notaris binnen de leer die het HvJ EU hanteert als criterium voor het belast zijn met overheidsgezag.

In veel landen vindt nadere uitwerking van door de overheid vastgestelde regelgeving plaats door de landelijke beroepsorganisaties. In een aantal landen behoeft de regelgeving van de Kamers van Notarissen (de beroepsorganisaties) de (al dan niet voorafgaande) goedkeuring van de overheid, veelal van de minister van Justitie. In die landen hebben de desbetreffende regelingen dan een overheidskenmerk gekregen.

6.9. Toezicht en tuchtrecht

6.9.1. In schema weergegeven

Land	F	I/O	K	1e KN	1e RM	2e KN	2e RM	GB	B	S	O
België	X	X	X	X	—	—	X	X	X	X	X
Duitsland <i>Nur</i> -notaris	X	X	—	X	—	—	X	X	X	—	X
Duitsland <i>Anwalt</i> -notaris	X	X	—	X	—	—	X	X	X	X	X
Estland	—	X	—	O	O	O	O	X	X	—	X
Frankrijk	X	O	X	X	X ⁽⁶⁾	—	X	—	X	X	X
Hongarije	O	O	O	—	X ⁽⁷⁾	—	X ⁽⁷⁾	X	X	X	X
Italië	X	X	X	X ⁽¹⁾	X ⁽¹⁾	—	X	X	X ⁽⁸⁾	X	X
Letland	O	O	O	O	O	O	O	O	O	O	O
Litouwen	O	X	O	—	X	—	O	—	X	X	X ⁽²⁾
Luxemburg	X	—	—	—	X ⁽³⁾	O	O	X	X	X	X
Malta	—	X	X	—	X	O	O	X	—	X	X
Nederland	X	X ⁽⁴⁾	X ⁽⁴⁾	—	X ⁽⁵⁾	—	X	X ⁽⁴⁾	X	X	X
Oostenrijk	O	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Polen	O	O	O	O	O	O	O	O	O	O	O
Slowakije	X	X	X	X	X	O	O	X	X	X	X
Spanje	O	O	O	X	O	O	O	X	O	X	X
Tsjechië	X	X	X	X	O	O	O	X	X	O	X
Roemenië	O	O	O	O	O	O	O	O	O	O	O

X = van toepassing

— = niet van toepassing

O = niet bekend

F: toezicht op de financiën

I/O: toezicht op integriteit en organisatie

K: toezicht op kwaliteit

1° KN: tuchtrecht door de Kamer van Notarissen in eerste instantie		<i>disciplines</i> en wordt gevormd door de president van de rechtbank als voorzitter en notarissen als lid.
1° RM: tuchtrecht door de Rechterlijke Macht in eerste instantie	4)	Dat is weliswaar nog niet ingevoerd, maar wel opgenomen in het wetsontwerp tot wijziging van de Notariswet.
2° KN: tuchtrecht door de Kamer van Notarissen in hoger beroep		
2° RM: tuchtrecht door de Rechterlijke Macht in hoger beroep	5)	Het tuchtrechtelijk college is samengesteld uit rechters, een vertegenwoordiger van de belastingdienst en een minderheid van notarissen.
GB: geldboete als strafmogelijkheid	6)	Voor de zwaardere vergrijpen.
B/T: berisping/terechtwijzing als strafmogelijkheid	7)	Colleges verbonden aan de gerechten bestaande uit drie notarissen en twee rechters.
S: schorsing als notaris als strafmogelijkheid	8)	Er kan ook een toezichthouder over een notaris benoemd worden.
O: ontzetting uit het ambt van notaris als strafmogelijkheid		
1) In Italië is de eerste termijn tuchtrecht opgedragen aan de <i>coredi</i> , colleges samengesteld uit een rechter en notarissen.		
2) De ontzetting uit het ambt van notaris is aan de minister van Justitie voorbehouden; de tuchtrechtelijke instantie kan de minister daartoe adviseren.		
3) Het tuchtrechtelijk college heet <i>conseil des</i>		

6.9.2. Enige kanttekeningen bij toezicht en tuchtrecht

België, Italië, Tsjechië en (na a.s. wetswijziging ook) Nederland kennen een toezicht op alle gemelde terreinen, in België ook nog eens heel frequent. Daar moeten iedere drie maanden financiële gegevens worden verstrekt en ieder jaar is er een visitatie. Ook Frankrijk kent een jaarlijks toezicht, ook op de kwaliteit van de akten. In Frankrijk loopt iedere notaris, afgezien van de imagoschade voor het ambt en daarmee voor iedere notaris door beroepsfouten van collega's, ook nog eens de kans via storting in het waarborgfonds dat uiteindelijk de schade van beroepsfouten dekt, aan die schadevergoeding te moeten meebetalen. Ook in andere landen hebben alle notarissen er baat bij dat de beroepsgroep niet door schandalen wordt geteisterd. Een goed en effectief toezicht en een adequate tuchtrechtspraak is daarbij van belang. Met het toenemen van de concurrentie, dus ook na de bevordering van de marktwerking van oktober 1999 in Nederland wordt de roep om steviger, breder toezicht en strenger tuchtrecht luider.

6.10. Overkoepelende organisatie van notarissen

6.10.1. In schema weergegeven

Land	BO	PR	BBL	BBR	AON
België	X	X	—	X	X
Duitsland <i>Nur</i> -notaris	X	X	X	X	X
Duitsland <i>Anwalt</i> -notaris	X	X	X	X	X
Estland	X	X	X	X	—
Frankrijk	X	X	X	X ¹⁾	—
Hongarije	X	X	O	—	—
Italië	X	X	X	X	X
Letland	X	O	O	O	O
Litouwen	X	X	X	X	—
Luxemburg	X	X	X	X	—
Malta	X	X	X	X ²⁾	—
Nederland	X	X	—	X	—
Oostenrijk	X	X	X	X	—
Polen	X	O	O	O	O
Slowakije	X	X	X	X	—
Spanje	X	X	O	O	X
Tsjechië	X	X	X	X	—
Roemenië	X	O	O	O	O

X = van toepassing

— = niet van toepassing

O = niet bekend

BO: er is een beroepsorganisatie van notarissen

PR: de beroepsorganisatie is een rechtsvorm volgens het publiekrecht

BBL: de beroepsorganisatie behartigt ook de belangen van de leden

BBR: de beroepsorganisatie is bevoegd tot regelgeving

AON: notarissen zijn ook georganiseerd in een andere vereniging

1) In de vorm van adviezen die wel opgevolgd moeten worden.

2) In zeer beperkte zin.

6.10.2. Enige kanttekeningen bij de overkoepelende organisaties van notarissen

In alle onderzochte landen zijn de notarissen georganiseerd in een beroepsorganisatie. Alle landen die de vraag over de privaat- of publiekrechtelijke status van de beroepsorganisatie hebben beantwoord, hebben aangegeven dat deze publiekrechtelijk van aard is. Alleen van de Belgische Kamer en de Nederlandse KNB is bekend dat zij zich uitdrukkelijk niet bezighouden met de belangenbehartiging van hun leden.

6.11. Aansprakelijkheid en verzekering

6.11.1. In schema weergegeven

Land	NA	BAB	VV	NF	OVA
België	X	—	X 2500	X ⁽⁶⁾	O
Duitsland	X	—	X 750 ⁽¹⁾	X ⁽⁶⁾	X
Nur-notaris					
Duitsland	X	—	X 750 ⁽¹⁾	X ⁽⁶⁾	X
Anwalt-notaris					
Estland	X	—	X 64 ⁽²⁾	—	—
Frankrijk	X	—	X	X	—
Hongarije	X	O	O	O	O
Italië	X	—	X	X	O
Letland	X	O	O	O	O
Litouwen	X	—	X 29 ⁽²⁾	—	—
Luxemburg	X	—	X 5000 ⁽³⁾	—	—
Malta	X	—	—	—	X ⁽⁷⁾
Nederland	X	—	X 2500 ⁽³⁾	X ⁽⁶⁾	X ⁽⁴⁾
Oostenrijk	X	—	X 400 ⁽³⁾	X	—
Polen	X	O	O	O	O
Slowakije	X	—	X	—	X ⁽⁵⁾
Spanje	X	—	X	O	O
Tsjechië	X	—	X	—	X ⁽⁵⁾
Roemenië	X	O	O	O	O

X = van toepassing

— = niet van toepassing

O = niet bekend

NA: de notaris is aansprakelijk voor beroepsfouten

BAB: de beroepsaansprakelijkheid van de notaris kan beperkt worden

VV: de notaris is verplicht zich te verzekeren tegen beroepsaansprakelijkheid

NF: er bestaat een speciaal notarieel fonds als extra vangnet voor de schadeloosstelling van gedupeerden door de fouten van notarissen

OVA: de overheid is (in laatste instantie) ook aansprakelijk voor de fouten van notarissen
Alle gemelde cijfers betreffen bedragen in euro's maal 1000.

1) Het is gebruikelijk een aanvullende verzekering te sluiten tot € 5.000.000.

2) Het is gebruikelijk aanvullend te verzekeren.

3) Het is gebruikelijk aanvullend te verzekeren tot € 25.000.000.

4) In Nederland is de overheid nog niet aansprakelijk gesteld voor beroepsfouten van notarissen, ten aanzien van deurwaarders is dat echter wel gebeurd. Het ligt in de rede te veronderstellen dat een aansprakelijkstelling van de overheid ten aanzien van notarissen dezelfde kans van slagen zou hebben. Door het goede verzekeringspakket en het vangnet van het Voorzieningsfonds van de KNB, is de overheid echter nooit in beeld gekomen.

5) De overheid kan alleen voor bepaalde beroepsfouten aansprakelijk worden gesteld.

6) Geen verplichte uitkering.

7) Er is een wettelijke regeling waaruit dat blijkt, toch wordt het niet uitgesloten.

6.11.2. Enige kanttekeningen bij aansprakelijkheid en verzekering

In alle landen die op de desbetreffende vragen hebben geantwoord, is de notaris persoonlijk aansprakelijk voor eventuele beroepsfouten, een aansprakelijkheid die niet beperkt kan worden. Ondernemersrisico's zijn hier en daar wel te beperken, schade wegens beroepsfouten niet. Bij dergelijke aansprakelijkheden is het afsluiten van beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen geraden. Met uitzondering van Malta, kennen alle betreffende landen een verplichte verzekering.

Carr en Matthewson hebben een onderzoek gedaan waarbij zij de advocatenkantoren in verschillende staten van de Verenigde Staten hebben vergeleken ten aanzien van de mogelijkheden die er al dan niet waren om de aansprakelijkheid te beperken. In de staten waar het de advocaten mogelijk was om hun aansprakelijkheid te beperken, was de gemiddelde omvang van de kantoren aanzienlijk groter dan in de staten waar dat niet kon.⁶⁸¹ Tot eenzelfde conclusie kwamen ook Button en Fleming die in de vroege jaren negentig van de vorige eeuw in het Verenigd Koninkrijk een onderzoek hebben gedaan naar de effecten van een gedeeltelijke liberalisering van het beroep van architect. Ook zij constateerden dat de mogelijkheid om de aansprakelijkheid te beperken leidde tot een aanzienlijke toename van de omvang van de architectenbureaus.⁶⁸² Uit de in dit hoofdstuk gepresenteerde tabellen valt niet breed dezelfde conclusie te trekken zoals die uit de Amerikaanse en Britse studies blijken.

Uit het schema omtrent de mogelijkheden tot samenwerking met andere notarissen blijkt echter wel dat (tot dusver) in Luxemburg in het geheel niet en in Duitsland door de *Nur*-notarissen slechts door maximaal twee notarissen (Hamburg drie) mag worden geassocieerd. In beide landen mag de aansprakelijkheid inderdaad niet worden beperkt. In zeven van de onderzochte landen mag de notarispraktijk niet binnen een rechtspersoon worden uitgeoefend. Duitsland en Luxemburg behoren daar ook toe (nu nog wel). Ook dat is van belang, want de niet puur-notariële risico's kunnen dan immers wel worden beperkt. Een omvang van de heel grote kantoren, mede door de mogelijkheid tot interdisciplinaire samenwerking, zoals in Nederland voorkomt, wordt nergens in de andere onderzochte landen aangetroffen.

681 Carr, J.L. en Matthewson, G.F., The economics of Law Firms: A Study in the legal organisation of the Firm, *Journal of law and economics*, 33, oktober 1990, 307-330.

682 Button, K. en Fleming, M., The profession in the single European Market: A case study of architects in the UK, *Journal of Common market studies*, Volume xxx, nr. 4, december 1992.

6.12. Nascholing

6.12.1. In schema weergegeven

Land	N	NV
België	X	X
Duitsland <i>Nur</i> -notaris	X	X
Duitsland <i>Anwalt</i> -notaris	X	X
Estland	X	–
Frankrijk	X	X
Hongarije	O	O
Italië	X	X
Letland	O	O
Litouwen	X	X
Luxemburg	X	–
Malta	X	–
Nederland	X	X
Oostenrijk	X	X
Polen	O	O
Slowakije	X	–
Spanje	X	–
Tsjechië	X	–
Roemenië	O	O

X = van toepassing

– = niet van toepassing

O = niet bekend

N: het desbetreffende notariaat kent een nascholingstraject

NV: de nascholing heeft een verplicht karakter

6.13. Centrale registers

6.13.1. In schema weergegeven

	TR	TN	AR	ARN
België	X ¹⁾	X	Huwelijksovereenkomstenregister ²⁾	–
Duitsland	–	–	volmachtenregister	X
<i>Nur</i> -notaris				
Duitsland	–	–	volmachtenregister	X
<i>Anwalt</i> -notaris				
Estland	X	–	nalatenschapsregister ³⁾	X
Frankrijk	X ¹⁾	X	–	–
Hongarije	O	O	O	O
Italië	X	–	–	–
Letland	O	O	O	O
Litouwen	X	–	Huwelijksvoorwaardenregister	–
Luxemburg	X	–	Huwelijksvoorwaardenregister	–
Malta	X	–	O	–
Nederland	X	X	Huwelijksvoorwaardenregister e.a.	–

	TR	TN	AR	ARN
Oostenrijk	X	X	Trustregister en een register inzake voogdij, curatele en doorlopende volmachten	X
Polen	O	O	O	O
Slowakije	X	X	Openbare vastgoedveilingen, notariële akten, legalisaties van handtekeningen	X
Spanje	X	—	register inzake ingetrokken volmachten	X
Tsjechië	X	X	register inzake pandrechten, verder is een huwelijksvoorwaardenregister in voorbereiding	X
Roemenië	O	O	O	O

X = van toepassing

— = niet van toepassing

O = niet bekend

TR: testamentenregister

TN: testamentenregister in beheer bij het notariaat

AR: andere registers

ARN: die andere registers zijn in beheer bij het notariaat

1) Samenwerking van het Belgische en het Franse notariaat.

2) In ontwikkeling.

2) Huwelijksvoorwaarden.

6.13.2. Enige kanttekeningen bij de centrale registers

De handels- en kadastrale registers zijn in de vraagstelling aan de landen niet opgenomen. Opvallend in het overzicht zijn enkele bijzondere registers, zoals het pandregister in Tsjechië, het register betreffende doorlopende regelingen ter zake van voogdij, curatele en doorlopende volmachten en ten slotte het trustregister in Oostenrijk. Allemaal initiatieven van notariële beroepsorganisaties die voorzien in een maatschappelijke behoefte. De registers zijn in beheer bij de desbetreffende notariële organisaties. Initiatieven die navolging verdienen in de andere landen.

Voor Nederland is nog te melden dat uit een overleg van kantonrechters en estate planners het levenstestament is voortgekomen. Voor schenkingen door niet handelingsbekwame personen is de toestemming van de kantonrechter nodig. Dat is een lastige zaak voor de kantonrechter, want wat zou de desbetreffende persoon zelf gewild hebben. In een levenstestament kan iemand die nog geestelijk gezond is, zijn wensen en bedoelingen in dat verband vastleggen.

Bij een internationaliserend rechtsverkeer en gezien de organisatiegraad van de EU-notariaten zou een nadere aansluiting van met name de testamentenregisters in een grote rechtsbehoefte voorzien.

6.14. Lijdelijkheid, ministerieplicht en full service

6.14.1. In schema weergegeven

Land	L	BB	FSK	FSN	SPE	DW
België	X	X	X	X	–	X
Duitsland <i>Nur-notaris</i>	X	X ¹⁾	X	X	X	X ²⁾
Duitsland <i>Anwalt-notaris</i>	X	X ¹⁾	X	X	X	X ²⁾
Estland	X ³⁾	X	X	X	–	X
Frankrijk	X	X	X	X	X	X
Hongarije	X	X	X	X	–	X
Italië	–	X	X	X	–	X
Letland	O	O	X	X	O	O
Litouwen	–	X	X	X	–	X
Luxemburg	–	X	X	X	X	X
Malta	X	X	X	X	X	X
Nederland	X	X	X	–	X	X
Oostenrijk	X	X	X	X	X	X
Polen	O	X	X	X	–	X
Slowakije	–	X	X	X	O	X
Spanje	X	O	X	X	O	X
Tsjechië	O	X	X	X	O	X
Roemenië	O	X	X	X	–	X

X = van toepassing

– = niet van toepassing

O = niet bekend

L: de notaris stelt zich primair lijdelijk op

BB: de notaris heeft de plicht om te *Belehren* en *Beraten*, voor te lichten, uit te leggen en te adviseren

FSK: er bestaat een verplichting om per kantoorcombinatie full service te bieden, dat wil zeggen om alle gebruikelijke notariële diensten ook daadwerkelijk aan te bieden

FSN: de verplichting voor iedere notaris om in persoon full service te verlenen

SPE: toch bestaat er voor een notaris een mogelijkheid

tot specialisatie

DW: de notaris heeft de plicht om in bepaalde gevallen zijn dienst te weigeren

1) De notaris is verplicht om als partijen zijn voorlichting en adviezen in de wind slaan, alsdan zijn standpunt en de verklaringen/wensen van partijen tot afwijking daarvan, in de akte op te nemen.

2) Opvallend is dat er in Duitsland ook een bevoegdheid tot dienstweigeren bestaat als de notaris te veel werk heeft.

3) Met name bij attestaties is de notaris niet lijdelijk.

6.14.2. Enige kanttekeningen bij de lijdelijkheid, ministerieplicht en full service

De vraagstelling omtrent de lijdelijkheid van de notaris is mogelijk voor de respondenten verwarrend geweest, zeker in combinatie met de daaropvolgende vraag betreffende *Belehrung* en *Beratung*. Lijdelijkheid zal wel nergens absoluut zijn. Het geeft wel aan dat het in de notariële akte gaat om de wens van partijen. Doordat de notaris zijn cliënten voorlicht en adviseert, wordt die lijdelijkheid relatief. In Duitsland is het duidelijk dat de lijdelijkheid uiteindelijk wint, omdat de notaris uiteindelijk immers tegen zijn adviezen zal ingaan en de akte zal redigeren als

partijen daarop blijven staan. Hij moet dan wel in de akte opnemen dat hij anders heeft geadviseerd en dat partijen verklaren toch bij hun wens te blijven. Wat in Duitsland is voorgeschreven, om bij afwijking van partijen van de adviezen van de notaris, een en ander in de akte te vermelden, verdient overal navolging. Al is het alleen maar om de notaris te vrijwaren voor aansprakelijkheid ter zake.

Alle landen hebben geantwoord dat iedere kantoorcombinatie alle gebruikelijke notariële diensten moet aanbieden (ministerieplicht). Wat een gebruikelijke dienst is, spreekt wel voor zich. Van de notaris op het platteland zal men immers niet verwachten dat hij een vliegtuig gaat overdragen of de vennootschapsstructuur van een beursgenoteerd bedrijf gaat vormgeven, terwijl de notaris in de wereldstad niet gauw benaderd zal worden met vragen over de mestquota. Maar binnen die uitersten behoren de meeste notariële activiteiten toch wel tot de gebruikelijke diensten. Ook hebben de respondenten van alle landen geantwoord dat iedere notaris persoonlijk gehouden is alle gebruikelijke diensten te verlenen. Alleen in Nederland is dat niet per notaris verplicht, nog wel per kantoor.

Acht andere landen geven aan dat ondanks de verplichting tot full service voor iedere notaris, er toch individueel gespecialiseerd mag worden. Of daarnaast dan inderdaad ook, in meer of mindere mate, de persoonlijke full service gehandhaafd wordt, blijft de vraag. Een van de landen waar niet gespecialiseerd mag worden, is bijvoorbeeld Italië. En Italië kent via de vergelijkende toelatingsexamens tot het notariaat een topklasse juristen in het notariële ambt. Het notariaat doet zichzelf tekort als er buiten de beroepsgroep wel en binnen de beroepsgroep niet gespecialiseerd mag worden. Het gevaar bestaat dan dat buiten de beroepsgroep de grootste kennis ontstaat. In Nederland zit de topkennis in verschillende praktijkonderdelen in het algemeen wel binnen de beroepsgroep. De mogelijkheid tot specialisatie zal daar alles mee te maken hebben. Maar ook in Nederland zijn heel goede gespecialiseerde kantoren op het notariële vakgebied die van grote waarde zijn, maar zich toch kennelijk liever ontwikkelen buiten de bandbreedte van het notariële ambt.

De weg naar de notaris die vastlegt wat de externe topjurist hem voorlegt, is niet de weg naar een sterk en overlevend notariaat. De kennis moet binnen het notariaat zelf aanwezig zijn en ook worden uitgedragen, het notariële ambtsstempel moet vooral de eigen deskundigheid bezegelen. Een verantwoorde vorm van specialisatiemogelijkheid zal daarbij helpen.

6.15. Plaats van vestiging/standplaats van een notaris

6.15.1. In schema weergegeven

Land	S	KS	B	PL	CL
België	X	X	—	— ¹⁾	X
Duitsland <i>Nur</i> -notaris	X	X	—	— ²⁾	X
Duitsland <i>Anwalt</i> -notaris	X	X	—	— ²⁾	X
Estland	X	X	X ³⁾	— ⁴⁾	O
Frankrijk	X	X	—	X	X
Hongarije	O	O	O	O	O
Italië	X	X	—	—	O
Letland	O	O	O	O	O
Litouwen	X	X	—	X ⁵⁾	X
Luxemburg	X	X	—	X	X
Malta	— ⁶⁾	X	X	X	X
Nederland	X	X	—	X ⁷⁾	X
Oostenrijk	X	X	—	—X ⁸⁾	X
Polen	O	O	O	O	O
Slowakije	X	X	— ⁹⁾	X	X
Spanje	X	X	O	—	X
Tsjechië	X	X	— ⁹⁾	X	X
Roemenië	O	O	O	O	O

X = van toepassing

— = niet van toepassing

O = niet bekend

S: de notaris wordt in een vaste standplaats benoemd

KS: de notaris is verplicht in zijn standplaats kantoor te houden

B: het is een notaris toegestaan meer kantoren te hebben

PL: de notaris mag in het hele land akten passeren

CL: de notaris mag voor cliënten uit het hele land akten passeren in zijn kantoor

1) het is incidenteel toegestaan buiten de standplaats akten te passeren.

2) de Duitse notaris mag buiten de jurisdictie van het *Amtsgericht* waartoe hij behoort, alleen met een goede reden akten passeren en nadat hij het tevoren aan de Kamer van Notarissen heeft meegedeeld. Buiten de jurisdictie van het *Oberlandesgericht* (Gerechtshof) waartoe zijn standplaats behoort, mag hij alleen akten

passeren met toestemming van de president van het *Oberlandesgericht* waaronder zijn standplaats valt en van de president van het *Oberlandesgericht* waartoe de locatie behoort, waar hij de akte wil passeren.

3) Die bijkantoren mogen zich alleen binnen zijn standplaats bevinden en mogen pas geopend worden na verkregen toestemming van de minister van Justitie.

4) Na verkregen toestemming van de Kamer mag er wel elders in het land gepasseerd worden.

5) Op verzoek van de cliënt mag dat in bijzondere gevallen wel.

6) De notarissen zijn bevoegd in de gehele Maltese archipel.

7) Dat mag alleen op incidentele basis.

8) Dat mag alleen onder bepaalde voorwaarden.

9) De notaris mag buiten zijn standplaats zittingen houden.

6.15.2. Enige kanttekeningen bij de standplaats van een notaris

Op één land na worden de notarissen in alle landen benoemd in een bepaalde plaats van vestiging/standplaats. De Maltese archipel is van een zodanige beperkte omvang dat men het daar niet nodig heeft geoordeeld hierin standplaatsen te onderscheiden.

Bijkantoren mogen alleen in Estland worden gehouden, mits binnen de eigen standplaats.

In Tsjechië is het toegestaan buiten de standplaats zitdagen te houden.

Zoals de Duitse notaris zeer beperkt is in de mogelijkheden om buiten zijn kantoor te passeren, zo heeft de Tsjechische buur wellicht van alle notarissen de grootste vrijheid om op iedere locatie binnen het eigen land te passeren.

In alle landen mogen de cliënten van overal ten kantore van de notaris hun akten laten passeren. De notaris mag derhalve niet in alle landen overal heen, de cliënten van waar ook, mogen wel van overal hun notaris opzoeken.

6.16. Het ambtsgeheim

6.16.1. In schema weergegeven

Land	A	B	TH	OM	EU	NO
België	X	X	O	X	X	O
Duitsland <i>Nur-notaris</i>	X	—	—	X	X	X
Duitsland <i>Anwalt</i> -notaris	X	—	—	X	X	X
Estland	X	— ¹⁾	— ¹⁾	— ¹⁾	X	O
Frankrijk	X	X	X _—	X	X	O
Hongarije	O	O	O	O	O	O
Italië	X	X	X	X	X	—
Letland	O	O	O	O	O	O
Litouwen	X	O	O	X ¹⁾	X	X
Luxemburg	X	X	X	X	X	O
Malta	X	X	X	X	X	O
Nederland	X	X	X ²⁾	X	X	—
Oostenrijk	X	X ³⁾	—	X	X	O
Polen	O	O	O	O	O	O
Slowakije	X	—	—	—	X	X
Spanje	X	X ¹⁾	O	X	X	O
Tsjechië	X	—	X	—	X	X
Roemenië	O	O	O	O	O	O

X = van toepassing

— = niet van toepassing

O = niet bekend

X_— = ja en nee

A: de notaris heeft een ambtsgeheim

B: het ambtsgeheim houdt ook stand tegenover de belastingdienst

TH: het ambtsgeheim houdt ook stand tegenover de toezichthouder

OM: het ambtsgeheim houdt ook stand tegenover het openbaar ministerie

EU: de EU-richtlijn inzake de bestrijding van het witwassen en de terrorismebestrijding is in de

nationale wetgeving geïmplementeerd, met als gevolg dat de notaris uit dien hoofde verplicht is ter zake zijn ambtsgeheim te doorbreken

NO: de notaris kan door partijen van zijn ambtsgeheim worden ontheven

1) Alleen op bevel van de rechter.

2) Na voorliggende wetwijziging zal het ambtsgeheim niet meer volledig gelden ten aanzien van de toezichthouder.

3) Daarop bestaan enige uitzonderingen.

4) De notaris is verplicht het openbaar ministerie in kennis te stellen van een mogelijk te plegen strafbaar feit.

6.16.2. Enige kanttekeningen bij het ambtsgeheim

In alle geïnterviewde landen kent het notariaat een ambtsgeheim. De meldingsplicht uit hoofde van de bestrijding van witwassen en terrorismebestrijding maakt in alle landen een inbreuk op het ambtsgeheim.

Slechts van twee landen is het bekend dat partijen de notaris niet van zijn ambtsgeheim kunnen ontslaan. Op het eerste gezicht lijkt het logisch dat partijen dat wel zouden mogen; het ambtsgeheim is er immers toch ten behoeve van die cliënten. Als die er niet aan hechten, waarom dan geen vrijheid voor de notaris om zijn ambtsgeheim te doorbreken? Het al dan niet ontslaan van het ambtsgeheim is op zichzelf al een optillen van de geheimhoudingssluier. Als het de cliënt goed uitkomt, ontslaat hij de notaris van zijn plicht tot geheimhouding; past het hem niet, dan zal hij de notaris eraan houden.

Italië en Nederland houden in die gevallen vast aan een absolute geheimhouding die dus niet door cliënten kan worden opgeheven.

De geheimhouding ten aanzien van de belastingdienst is relatief in die landen waar de notariële akten aan de belastingdienst ter registratie moeten worden aangeboden. Daar is in ieder geval de inhoud van de akten voor de fiscus niet verborgen. Bovendien worden overdrachts- en hypotheekakten in de openbare registers ingeschreven; ook dan is er ten aanzien van de inhoud weinig meer geheim te houden. Belastingen van rechtsverkeer, overdrachtsbelasting, plus valuebelasting (in Frankrijk) en dergelijke, kunnen door de fiscus alleen worden vastgesteld als deze ook over de ter zake benodigde gegevens beschikt. Fiscus en openbaar ministerie zouden graag de inzage groter willen hebben.

6.17. Oudedagsvoorziening en goodwill

6.17.1. In schema weergegeven

Land	G	NP	PV
België	X	X	O
Duitsland <i>Nur</i> -notaris	–	X	X
Duitsland <i>Anwalt</i> -notaris	X	O	O
Estland	–	–	–
Frankrijk	X	X	X
Hongarije	O	O	O
Italië	–	X	X
Letland	O	O	O
Litouwen	–	–	–
Luxemburg	X	–	–
Malta	X	–	–
Nederland	X	X	X
Oostenrijk	X	X	X

Land	G	NP	PV
Polen	O	O	O
Slowakije	–	–	–
Spanje	–	X ¹⁾	O
Tsjechië	–	–	–
Roemenië	O	O	O

X = van toepassing

– = niet van toepassing

O = niet bekend

G: de notaris mag van zijn opvolger goodwill bedingen

NP: er bestaat een notarieel pensioenfonds

PV: de deelname in het notarieel pensioenfonds is collectief en verplicht

1) Er bestaat voor de Spaanse notaris recht op uitkering uit het Sociale Zekerheidsfonds.

6.17.2. Enige kanttekeningen bij de oudedagsvoorziening en de goodwill

In zeven van de zeventien landen is een goodwill bij vertrek van de notaris toegestaan. Van vier landen is het niet bekend en in zeven landen is het verboden. Als argument tegen de goodwillbetaling wordt aangevoerd dat het niet passend is voor een openbaar ambtenaar. Maar doorredenerend zou dan ook niet dat openbaar gezag voor eigen rekening en risico mogen worden uitgeoefend. Goodwill wordt vaak betaald in de vorm van een betaling ineens, op basis van de resultaten van het verleden. In de grotere kantoorcombinaties is er vaker sprake van een goodwillbetaling door middel van een ingroeiregeling. Dat is feitelijk een goodwillregeling op basis van de resultaten in de toekomst.

Notariële pensioenfondsen zijn er maar in zes landen. In Nederland zijn de pensioenen naast de vrije tarieven mogelijk het meest besproken onderwerp: een structurele strijd. Jonge (kandidaat-)notarissen zijn (dan nog) voorstander van lagere uitkeringen en vooral bijbehorende lagere premies. (Bijna) gepensioneerde notarissen zijn voorstander van het omgekeerde scenario. De recessie nu zorgt voor lagere uitkeringen en voor hogere premies, omdat de voorgeschreven dekingsgraad niet gehaald wordt.

Hoe dan ook zal de notaris er in alle landen, naast een mogelijke goodwill en naast een eventueel notarieel pensioen, goed aan doen zijn oudedagsvoorziening op individuele basis aan te vullen.

6.18. Notaris in loondienst, deeltijdnotaris en meer notarissen binnen één protocol

6.18.1. In schema weergegeven

Land	NL	ND	MNP
België	—	O	X ⁴⁾
Duitsland <i>Nur</i> -notaris	—	—	—
Duitsland <i>Anwalt</i> -notaris	—	—	—
Estland	—	—	—
Frankrijk	X	O	X
Hongarije	O	O	O
Italië	—	—	—
Letland	O	O	O
Litouwen	—	—	—
Luxemburg	—	—	— ¹⁾
Malta	X	X	—
Nederland	— ²⁾	X ³⁾	—
Oostenrijk	—	—	—
Polen	O	O	O
Slowakije	—	—	—
Spanje	—	—	—
Tsjechië	—	—	—
Roemenië	O	O	O

X = van toepassing

— = niet van toepassing

O = niet bekend

X_ = ja en nee

NL: een notaris kan zijn ambt in loondienst uitoefenen

ND: een notaris kan zijn ambt in deeltijd uitoefenen

MNP: er kunnen meer notarissen binnen één protocol hun ambt uitoefenen

1) Er is een wetswijziging in voorbereiding, waarna er twee notarissen binnen één protocol kunnen worden benoemd.

2) Er is een wetswijziging in voorbereiding, waarna dat *mutatis mutandis* mogelijk wordt.

3) In het Koninklijk Besluit, inhoudende de benoeming tot notaris, wordt dat niet vermeld, maar het is onder omstandigheden feitelijk wel mogelijk.

4) België kent wel op ruime schaal de geassocieerd notaris. Daardoor kunnen er notarissen boven het aantal van de *numerus clausus* worden benoemd.

6.18.2. Enige kanttekeningen bij de notaris in loondienst, in deeltijd en meer notarissen binnen één protocol

Kandidaat-notarissen die opzien tegen de ondernemersaspecten van het notaris-schap kunnen daarvan gevrijwaard worden als een vorm van notariaat in loon-dienst/dienstbetrekking mogelijk zou worden. Vakmensen die gecharmeerd zijn van de beoefening van het openbare ambt, maar (nog) niet van de ondernemers-kant ervan, kunnen op die manier mogelijk beter voor het vak behouden blijven en toch het predikaat kandidaat-notaris ontstijgen. Ook notarissen op het eind van hun carrière zouden in die vorm kunnen blijven werken en niet terug hoeven naar

de titel kandidaat-notaris. In Nederland is een voorstel tot wetswijziging waarbij de toegevoegd notaris mogelijk wordt in behandeling bij het parlement.

Meer notarissen binnen één protocol lijkt ook formeel een goede oplossing voor de toenemende wens tot in deeltijd werken. In steeds meer gezinnen zijn beide ouders werkzaam. De behoefte aan één of meer dagen niet werken, neemt navenant toe, veelal voor ieder van de ouders. De Franse oplossing lijkt een goede.

Ook België heeft met de geassocieerd notaris een mogelijkheid om boven het in de *numerus clausus* vastgestelde aantal notarissen te gaan.

6.19. Slotwoord en enige conclusies inzake de landenbeschrijvingen

Het Latijnse notariaat in de diverse beschreven landen heeft veel gemeenschappelijke basissenmerken. Maar er zijn ook aanzienlijke verschillen.

Resumerend enige voorbeelden:

1. In de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk is de omvang van de kantorencombinaties met het uitbreiden van de mogelijkheden tot bepaling van de aansprakelijkheid van professionals, explosief toegenomen.⁶⁸³ In bijvoorbeeld Duitsland waar de aansprakelijkheid van de notarissen vrijwel onbeperkt is, zien we het tegendeel en bestaan er bij de *Nur*-notarissen uitsluitend kleinere kantoren (maximaal twee en in Hamburg drie notarissen).
2. Uitsluitend Italië, Nederland en Oostenrijk kennen vrijwel geen tariefregelingen.
3. Spanje, Italië en België kennen voor de toegang tot het ambt vergelijkende examens, waarbij uitsluitend de besten mogen opgaan voor een notarisbenoeming.
4. *Numerus clausus* bestaat overal, behalve in Polen, Malta en Nederland. De Nederlandse verantwoordelijke staatssecretaris Teeven heeft het woord weer in de mond genomen en sluit een teruggang in die richting niet uit.
5. Exclusieve rechten om akten te passeren (de monopolies) zijn in de voormalige Oostbloklanden zuinig toebedeeld aan het notariaat. In met name Duitsland, Luxemburg, Italië, Spanje, Litouwen en Nederland is het notariaat wel ruimhartig met monopolies toegerust. Opvallend is verder dat testamenten in weinig landen exclusief aan het notariaat zijn toevertrouwd, terwijl juist daarbij als de akte (het testament) openvalt, de testateur niets meer kan zeggen of verduidelijken. In de landen waar naast het onderhandse testament ook het notariële testament mogelijk is, althans waar het notariaat (zoals in Frankrijk) grote invloed heeft op het concipiëren, blijkt dat de testamenten waarbij een notaris is betrokken minder aanleiding geven tot geschillen en rechtsgedingen.
6. Behalve in Italië is individuele publiciteit zeer beperkt of zelfs helemaal verboden. De meestgenoemde argumenten zijn dat het niet passend is bij het over-

683 Zie daarover de onderzoeken gemeld in § 6.11.2.

heidsgezag waarmee de notaris is bekleed en dat de meest adverterende notaris nog niet de beste hoeft te zijn.

7. Samenwerking met andere beroepen mag uitsluitend in Italië, Malta, Nederland en in Duitsland alleen door de *Anwalt-notare*. De bescherming van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris is het meest genoemde argument om de interdisciplinaire samenwerking te verbieden.
8. In België, Frankrijk, Italië, Litouwen, Malta, Nederland, Oostenrijk, Polen, Slowakije en Tsjechië is voor de rechtsgeldigheid van de notariële regulering de goedkeuring van de overheid een vereiste. Dat betekent dat in die landen de mededingingsautoriteiten dan ook geen recht hebben om zich met die reguleringen te bemoeien. De regelingen van die notariële beroepsorganisaties worden immers door de overheidsgoedkeuring met een overheidsregulering gelijkgesteld.
9. Overal in Europa, behalve in Nederland, is formeel en feitelijk de full service per notaris voorgeschreven.
10. Bijkantoren zijn behalve in Estland en Malta nergens toegestaan. Voor Nederland bestaat er de mogelijkheid tot het houden van een bijkantoor alleen voor de waddeneilanden en dan nog uitsluitend indien daar geen notaris vaste plaats van vestiging heeft.
11. De toegevoegd notaris komt tot dusver alleen in Frankrijk (op ruime schaal) voor. Straks, na wetswijziging, ook in Nederland.

Conclusie

De aanzienlijke onderlinge verschillen kunnen ruwweg in de diverse notariaten wel 10 tot 40% belopen. Dat kan en mag ook. De landen zijn autonoom in de vaststelling van hun regelingen. Zelfs de beroepsverenigingen (ook als zij onder het begrip ondernemersvereniging vallen) mogen bij hun regelgeving rekening houden met de wijze waarop het notariaat in hun land overigens is geregeld.⁶⁸⁴

Enige algemene conclusies:

- Verschillen dus, maar ook gelijksoortigheid. Zo kenmerkt het notariaat zich in alle onderzochte landen door het optreden van één enkele jurist die alle partijen door zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid kan bedienen.⁶⁸⁵ Een rol die de notaris overal kan waarmaken door zijn onafhankelijkheid, onpartijdigheid en integriteit.
- Elk land zou zich de vraag moeten stellen wat men van zijn notarissen verwacht. Bij iedere keuze horen regelingen, die moeten dan ook tot stand komen.

⁶⁸⁴ Zaak C 309/99 (Wouters).

⁶⁸⁵ Dat verschilt wezenlijk van bijvoorbeeld het *common law*-systeem, waar iedere partij zijn eigen jurist inhuurt. Dat maakt het verschil in snelheid van handelen en transactiekosten ten gunste van het Latijnse notariaat.

Zo zal de poortwachter een iets minder knellend ambtsgeheim moeten kennen. Hoe dunner de opdracht, hoe minder taken de notaris opgedragen krijgt, hoe slanker ook de regulering kan zijn. En hoe meer taken/monopolies, hoe meer de behoefte aan specialisatie zich zal doen gelden.

- Ieder land kan naar de andere landen kijken om er mogelijk lering uit te trekken, maar moet vooral niets klakkeloos kopiëren. Zo zijn de door verschillende notariaten ingevoerde en onderhouden registers het navolgen waard, evenals de *Gerichtskommissar*.
- Hoe zeer ook de legaliserende bevoegdheden van vrijwel alle notariaten van belang zijn, de akten waarvan de notarissen de inhoud verzorgt, hebben toch een grotere meerwaarde. Vele notariaten kunnen die taak tot hun opdracht rekenen. Bij andere landen wordt er hard voor gestreden op het pakket in die zin uit te breiden.
- Het Europese notariaat is dus pluriform. Binnen een redelijke *margin of appreciation* is dat ook een goede zaak. Eenheid in verscheidenheid.

Derde Luik

7. De Wet op het notarisambt van 1999: evolutie, revolutie, evaluatie en correctie

7.1. Inleiding

In dit Derde Luik zullen worden behandeld:

1. de aanloop (voorspel en evolutie) naar de nieuwe Wna, de (onder meer politieke) stemming ten aanzien van het notariaat en de politieke doelen;
2. de inhoudelijke wijzigingen op hoofdlijnen (de fluwelen revolutie);
3. sfeer en ontwikkelingen na de invoering van de wet (de evaluatie), waaronder het rapport van de commissie-Hammerstein;
4. de voorstellen tot wijzigingen van wet, alsmede enige ideeën omtrent amendering van de wetsvoorstellen en aanvullende gedachten (de correctie);
5. de beantwoording van de vraag of de wetgever zich voldoende heeft gerealiseerd wat hij van het notariaat verwacht en in hoeverre daartoe eerdere en nieuwe aanpassingen bevorderlijk en proportioneel waren;
6. de aard van de open Nederlandse economie en het veelvuldige contact ook met andere dan *civil law*-rechtssystemen en de invloed daarvan op ook de regelingen voor het Nederlandse notariaat.

7.1.1. De situatie vóór 1999

De wetgever, het notariaat (in zijn algemeenheid) en in mindere mate individuele notarissen, waren zich vóór 1999 bewust van het feit dat er na jaren wel het een en ander mocht veranderen in de toen al meer dan 150 jaar oude notariële regelgeving. Maar was het aanvankelijk de leeftijd van de wetgeving, het wetgevingsproces werd steeds meer overvleugeld door de wens tot meer marktwerking. De wens tot meer marktwerking werd nog versterkt door het hoge notariële inkomen. Ten gevolge van de hoogconjunctuur (in de jaren negentig van de vorige eeuw) werden die inkomens maatschappelijk onverantwoord hoog. Mede hierdoor ging de inkomenspolitieke paragraaf de belangrijke discussie over de tariefregulering in toenemende mate beïnvloeden, hoezeer ook bewindslieden bij herhaling verklaarden dat het daar niet om ging.

Notarissen hebben nog al eens de neiging de situatie van vóór 1999 te idealiseren, maar ook toen was het niet alleen maar goed en zeker niet maatschappelijk in evenwicht.

De tariefregeling was zeker uit balans. De familierechtpraktijk kon niet meer lonend worden uitgeoefend, omdat de tarieven (vaak ver) onder de kostprijs lagen. De vastgoedtarieven hadden daarentegen veel te grote uitschieters naar boven, zeker het relatief eenvoudige deel van die praktijk en dat vormde (en vormt nog steeds) het grootste deel van het notariële vakgebied. Van Mourik stelt daarover dat de in het verleden met de onroerendgoedpraktijk op betrekkelijk simpele wijze te verwerven welvaart de notaris intellectueel lui heeft gemaakt.⁶⁸⁶ Een constatering waar veel waars in zit.

De tarieven kenden een cross-subsidie die op zich van grote waarde was en nog steeds zou kunnen zijn voor een goede toegankelijkheid van het notariaat. Maar zo'n cross-systeem moet ook weer niet zodanig extreem zijn, dat een belangrijk deel van het vakgebied en wel met name het familierecht in de kantoorexplotatie structureel geld kost in plaats van bijdraagt aan de kantoorwinst. In de recessie van begin jaren tachtig van de vorige eeuw vielen de vrijwel altijd lonende vastgoedwerkzaamheden evenals in 2009/2010 fors terug, maar bleef de niet-conjunctuurgevoelige familiepraktijk op hetzelfde niveau. De winstgevende praktijk liep derhalve terug, maar de familiepraktijk bleef verliesgevend. Dat vergrootte de conjuncturele problemen voor de notarissen aanmerkelijk. Immers, in het familierecht werkten vaak de voor de gemiddelde kantoren duurste medewerkers.

Het was goed dat er veranderingen kwamen, ook in de tariefparagraaf. Maar of de algehele afschaffing echt doordacht en proportioneel was, dat was en is nog steeds in algemene zin de grote vraag. Een vraag die in deze dissertatie in ontkennde zin wordt beantwoord.

De vrees voor kwaliteitsverlies werd door de bewindslieden afgedaan als beneden de waardigheid van het notariaat.⁶⁸⁷

7.2. Evolutie en voorspel

7.2.1. *Via verschillende voorstellen naar een nieuwe Wna*

De Franse Ventôsewet,⁶⁸⁸ die in 1811 ook in Nederland van kracht was geworden, werd in 1842 vervangen door de Nederlandse Wet op het Notarisambt. De Ventôsewet vormde, net als in vele andere Europese landen, ook de grondslag van de Nederlandse notariswet en is nog duidelijk in de huidige Wna te traceren. In de laatste decennia van de vorige eeuw werden er verschillende voorzetten voor nieuwe wetgeving ontwikkeld:

⁶⁸⁶ Van Mourik, De notaris, de kantonrechter en het erfrecht, WPNR, 04/6574, p. 279.

⁶⁸⁷ Staatssecretaris Schmitz sprak van een *testimonium paupertatis* en minister Weijers noemde het schermen met kwaliteitserosie toch niet passend bij het aanzien van het beroep van notaris, wetgevingsoverleg Tweede Kamer 8 april 1998, Kamerstuk nr. 32.

⁶⁸⁸ *Loi contenant organisation du notariat de 25 Ventôse* (windmaand) An XI (16 maart 1803).

- G.Chr. Kok met zijn dissertatie, omvattende een compleet voorstel voor een nieuwe notariswet;⁶⁸⁹
- de Toekomstige structuur van het notariaat,⁶⁹⁰ een nota van de KNB uitgekomen medio 1978;
- naar een nieuwe structuur van het notariaat, een themanummer WPNR 5484, verschenen in 1979;
- een compleet voorstel voor een nieuwe notariswet van J.T. Smalbraak, dat met wijzigingen van het hoofdbestuur van de KNB, als voorstel werd vastgesteld in 1982;
- nu naar het jaar 2000, een rapport uit 1988 van de KNB-commissie die tot taak had de toekomstige positie van het notariaat in kaart te brengen.

Een wijziging van de wet was nodig, jurisprudentie moest verwerkt worden, tal van opvattingen waren in de loop van de jaren veranderd en de tariefstructuur (die niet vastlag in de wet) was scheef gegroeid. Over de noodzaak van technische verbeteringen was iedereen het wel eens, maar daar bleef het niet bij.

Nadat consumentenorganisaties oorspronkelijk de consumentenbeschermende rol van de notaris steunden, veranderde dat al in de jaren tachtig van de vorige eeuw. Het sloeg vrij plotseling om in kritiek op de in hun ogen veel te hoge tarieven in het onroerend goed voor akten die immers met een druk op de knop werden geproduceerd. De aanvankelijk verantwoordelijke staatssecretaris en latere minister A. Kosto kwam in 1991 met een voorontwerp waarin met de *numerus clausus* werd afgerekend. Kosto had zijn gedachten ter zake al eerder ontvouwd. Hij sprak daarover bij de opening van een tentoonstelling op 19 februari 1990, die werd gehouden ter gelegenheid van de benoeming van de notaris (in Vianen) op de 1000^e standplaats.⁶⁹¹ De staatssecretaris koos voor een vrij notariaat ‘nu er geen teveel aan notarissen was, maar wel veel kandidaat-notarissen op een benoeming wachtten’. Het voorontwerp van 1991 werd in 1993/1994 gevolgd door een wetsvoorstel. De wens van vooral het ministerie van Economische Zaken om de marktwerking te bevorderen was een van de belangrijkste invalshoeken geworden.⁶⁹²

De sfeer tussen de ministeries en de KNB was inmiddels gespannen en werd gekenmerkt door wrijvingen en irritaties. Zo werd dat wederzijds ervaren.

De beide Kamers van de Staten-Generaal moesten nog wel met de vergaande voorliggende plannen instemmen. In een slechte sfeer en een fors aantrekkende economie begon de discussie. De koopsommen en de hoogte van de hypothecaire leningen stegen buitensporig. Bovendien nam ook het aantal transacties fors toe. Daarmee stegen de notariële inkomens naar, tot dan toe, ongekende

689 Kok, G.Chr., *Het Nederlandse notariaat* (diss. Leiden), 1971.

690 In die nota waren de twee in 1977 verschenen rapporten opgenomen, van de Structuurcommissie o.l.v. E.A.A. Luijten en dat van de Commissie Van der Poll.

691 Heuff, W., 150 jaar koninklijke notariële broederschap, KNB 1993, p. 55.

692 Zie ook Waaijer, B.C.M., *De Notariswet* (Melis), 7e druk, Deventer: Kluwer 2003.

hoogten. De degressieve notariële tarieven, die als kenmerk hadden dat ze normale prijsstijgingen in redelijke mate konden neutraliseren, waren tegen zo veel omzetgeweld niet opgewassen. Verplichte inschakeling van de notaris, geen vrije toegang tot dat beroep en door de beroepsgroep zelf vastgestelde tarieven vormden drie marktimperfecties. Zeker door de cumulatie was dat een doorn in het overwegend liberale oog van het nieuw aangetreden eerste paarse kabinet.

De nieuwe Wna werd aldus een dossier met meer en meer een markt en steeds minder serieuze aandacht voor kwaliteit, terwijl de discussie in het parlement steeds meer een inkomenscomponent kreeg.

7.2.2. *De tijdgeest*

De hele tijdgeest ademde markt. Niet de vraag wat verwacht wordt van het Nederlandse notariaat en de invulling van de daar bijbehorende proportionele regelgeving beheerste het debat. De marktbevordering was bovenliggend. Het neoliberalisme dat als een exacte wetenschap werd gepresenteerd, gaf de richting aan. Deze beweging, met als bakermat Chicago en als grote geestelijke vaders de met Nobelprijzen vereerde Chicago-economen Friedrich von Hayek en Milton Friedman, met het programma van deregulering en terugdringing van de overheidsbemoeienis, had grote invloed.⁶⁹³ De invloedrijke voorganger van Ben Bernanke als voorzitter van de Fed Alan Greenspan liet ook geen gelegenheid onbenut om zijn bewondering voor de vrije markt te benadrukken. Marktvrijheid, concentratie op een concurrerende markt en absoluut geen regulering van het wereldwijde financiële netwerk.⁶⁹⁴ Alleen een volledig vrije markt kan op alle niveaus van een bepaald productiegebied echte bescherming aan consumenten bieden, ook in de gezondheidszorg.⁶⁹⁵

Staatssecretaris en minister in de paarse kabinetten Vermeend⁶⁹⁶ stelt evaluerend dat consumenten werd voorgehouden dat de prijzen door marktwerking omlaag zouden gaan, dat de kwaliteit van de dienstverlening zou verbeteren en dat er meer keuzemogelijkheden zouden komen. Tegen hardnekkige critici van

693 In *Capitalism and Freedom*, Chicago: Chicago University Press 2002, p. 202, stelt Milton Friedman, vrij naar Adam Smith, de onzichtbare hand van de vrije markt expliciet tegenover de zichtbare hand van de overheidsbemoeienis. Vrij naar Adam Smith, maar dan wel heel vrij en niet vermeld dat Smith juist ook pleitte voor bijvoorbeeld een streng toezicht op banken. Smith vergeleek deze overheidsbemoeienis met de bescherming van staatswege tegen brandgevaar: Achterhuis, H., *De Utopie van de vrije markt*, Lemniscaat B.V., Rotterdam 2010, p. 181. Oorspronkelijk: Adam Smith, *Eine Untersuchung über Natur und Wesen des Volkswohlstandes*, 1776, Duitse uitgave uit 1923, V. Buch, hoofdstuk 1.

694 Greenspan, A., *Een turbulente tijd: Een leven in dienst van de economie*, Amsterdam: Balans 2007, p. 560, 562.

695 Rand, A., *Kapitalisme: Het onbegrepen ideaal*, Laren: Nova Pres 1967, p. 135.

696 Vermeend, W., *De WIJ Economie, de opkomst van de WIJ economie en de ondergang van de IK economie*, Amsterdam: Lebowski 2009, p. 305 en 306.

de vrije markt werd, bij gebrek aan overtuigende argumenten, gezegd dat het van Brussel moest.⁶⁹⁷

In dezelfde periode als waarin de Wna werd behandeld, kwam in 1997 ook de nieuwe Mededingingswet⁶⁹⁸ tot stand. Bewindslieden met hun ambtenaren, maar ook parlementariërs die zich met z'n allen net hadden verdiept in de intensivering van het mededingingsbeleid en het verbod op mededingingsafspraken, gaan zich daarnaast en vervolgens bezighouden met de nieuwe Notariswet.

De hoge notariële inkomens spraken tot de verbeelding en gaven aanstoot, omdat men van mening was dat deze niet te verdedigen waren. Dat de KNB in die jaren uit eigen beweging tot vier keer toe de tarieven in de vastgoedsfeer verlaagde, had onvoldoende invloed; de inkomens bleven desondanks hoog. Die inkomens en de tarieven hadden ook op een andere, minder drastische manier dan volledig vrije tarieven gecorrigeerd kunnen worden, bijvoorbeeld op basis van een toen ontwikkeld kostprijvolgssysteem.⁶⁹⁹

Marktwerking is van alle tijden en van alle (niet-communistische) landen, zo ook in Nederland en ook in het notariaat. Maar het ging en gaat er nog steeds om hoeveel markt er moet zijn en met welk oogmerk de markt wordt bevorderd en of de maatregelen redelijkerwijs als noodzakelijk zijn te kwalificeren voor een goede uitoefening van het ambt van notaris.⁷⁰⁰ Ook de marktwerking moet proportioneel zijn.

In elk van de in dit boek beschreven landen spelen markt en onderlinge competitie in het notariaat een rol. Ook voor het van kracht worden van de Wna in 1999 was er in Nederland sprake van marktwerking, voornamelijk op marktaandeel. Het grote verschil met de situatie van voor 1999 en met de meeste andere onderzochte landen, is geweest dat er in Nederland vanaf dat tijdstip ook op tariefgebied geconcurrereerd moest worden. Concurrentie op prijs, dat was zowel het notariaat als het publiek niet gewend. Bovendien zou deze prijzenslag een spanningsveld kunnen gaan vormen, met name met de voorgeschreven onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris en met de door de wetgever verwachte en in het vooruitzicht gestelde hoge kwaliteitsniveau. Zo dacht ook vrijwel de gehele Eerste Kamer erover.⁷⁰¹ Volgens Van den Haak wortelt de onpartijdigheid van de notaris

697 Ik ben overigens in het notariële dossier deze laatste argumentatie inzake Brussel niet tegengekomen. De andere door Vermeend genoemde overwegingen (lagere prijzen en hogere kwaliteit) des te vaker. Bovendien is in het Eerste Luik aangetoond dat wetten en andere regelingen met een overheidsoormerk niet voor correctie door Brussel in aanmerking komen, behoudens de genoemde *effetutile*-regels. Wel heeft Brussel stevig ingezet op voorlichting en aanmoediging tot deregulering.

698 Wet van 22 mei 1997, Stb. 1997, 242.

699 Ontwikkeld in de jaren negentig van de vorige eeuw in opdracht van de KNB in samenwerking met Ernst & Young, o.l.v. W. Hamming.

700 Zie ook Verstappen, L.C.A., Meer marktwerking in het notariaat? Een heilloze weg!, WPNR 2005, 6645, 3 december 2005, § 1.

701 Heyman, H.W., Onafhankelijkheid en onpartijdigheid, WPNR 99/6363, p. 487.

in zijn onafhankelijkheid. Die onafhankelijkheid stoelt vervolgens onder meer op een tarievenstelsel waaraan de notaris gebonden is.⁷⁰² Inmiddels is dat fundament verdwenen en ligt het voor de hand hoezeer de onpartijdigheid ook in de genen van de notaris zit, dat door het marktgeweld toch druk is komen te staan op de onafhankelijkheid en daarmee op de onpartijdigheid en kwaliteit van dienstverlening door de notaris.

7.2.3. *Andere uitgangspunten voor een notariswet*

Het Tweede Kamerlid, tevens voorzitter van de vaste Kamercommissie voor Justitie, Willie Swildens-Rozendaal, had behalve voor de marktwerking en de hoogte van de tarieven ook oog voor de kwaliteit van de akten en gaf aan dat er behalve voor de portemonnee van de consument, ook aandacht behoorde te zijn voor de kwaliteit van het notariaat, omdat de consument volgens haar bij een goede kwaliteit van het notariaat is gebaat.⁷⁰³

In België was juist in dezelfde periode voor dat kwaliteitsaspect in het wetgevingsproces⁷⁰⁴ meer serieuze aandacht. Dat blijkt uit de woorden die de toenmalige minister van Justitie sprak bij de indiening van het ontwerp van de wet. Hij stelde dat de hervormingen tot doel hadden het notariaat vanuit het bestaande vertrouwen in het ambt met meer kracht zijn belangrijke rol te laten spelen, een rol als actor van preventieve justitie, en dat preventie van het grootste belang is in de dagelijkse praktijk, waar het bieden van rechtszekerheid bijdraagt tot het vertrouwen in de rechtsstaat.⁷⁰⁵ Dergelijke overwegingen zijn in die jaren in het kader van de behandeling van de Wna in Nederland van de kant van de overheid minder gehoord en in ieder geval mager in regelgeving omgezet.

Die verschillende insteek in België en Nederland is op alle fronten in de beide wetgevingen terug te vinden, hoewel toch de twee nieuwe notariswetten in hetzelfde jaar in de buurlanden zijn aangenomen en ingevoerd.

Ook in het andere buurland, Duitsland, worden andere uitgangspunten in het notariële wetgevingstraject meer benadrukt en wordt het notarisambt gekwalificeerd als *Einrichtung des vorsorgenden Rechtspflege* en de notaris als *Richter im Vorfeld*.⁷⁰⁶ Op het behoud van die uitgangspunten ligt in die regelgeving de nadruk.

702 Haak, H.F. van den, Een evenwichtskunstenaar, WPNR 1997/6291, p. 782.

703 Kamerstukken II 1997/98, 23 706, nr. 32, verslag van het wetgevingsoverleg, p. 5.

704 In dezelfde tijd als waarin de Wna 1999 in Nederland werd aangenomen, kwam in België 'de vernieuwde notariswet' tot stand. De wetten die het Belgische notariaat hervormden zijn van 4 mei 1999.

705 Nationale Kamer van Notarissen in België, De vernieuwde Notariswet, deel 2 Handboek van de organisatie van het notariaat (Belgische notariswet), Larcier, p. 6.

706 Pützer, H.J., Das Notariat im Zivilrechtssystem, in: Das Moderne Notariat- Strukturen und Aufgaben, Keulen: Bundesnotarkammer 1993, p. 7-8.

7.3. De (fluwelen) Revolutie; de belangrijkste wijzigingen

7.3.1. Toegang tot het ambt van notaris en de *numerus clausus*

7.3.1.1. *Numerus clausus*

Tot 1 oktober 1999 bestond er een *numerus clausus*, die overigens in Nederland al jaren heel dynamisch werd toegepast. De KNB had een centrale standplaatsencommissie die in nauwe samenwerking met het ministerie van Justitie ernaar streefde het aantal standplaatsen uit te breiden, onder meer op basis van in bepaalde regio's gepasseerde aantallen akten. Per ultimo 1989 waren er 1001 standplaatsen, tien jaar later op 1 oktober 1999 waren dat er 1332, een vermeerdering van 331 standplaatsen in tien jaar onder het regime van de *numerus clausus*. In 1999 werd de *numerus clausus* afgeschaft. Daarmee had de centrale standplaatsencommissie van de KNB geen bestaansrecht meer en kon er vanaf 1 oktober 1999 vrij gesolliciteerd worden door kandidaat-notarissen die aan alle benoemingsvereisten voldeden en mits hun financiële vooruitzichten en daarmee hun bestaansrecht voldoende waren. Een vlottere doorstroming van kandidaat-notarissen naar het ambt en een zuiverder benoemingsprocedure bij associatieve standplaatsen⁷⁰⁷ vormden, naast de marktideologisch verafschuwde *numerus clausus*, de aanleiding om tot afschaffing daarvan te komen.

7.3.1.2. *De stage*

Nederland kent vanaf 1 oktober 1999 een verplichte stage van zes jaar,⁷⁰⁸ terwijl in geval van deeltijd de termijn conform de wettekst naar evenredigheid wordt verlengd. Het betreft een stage die doorlopen moet worden alvorens een kandidaat-notaris tot notaris benoemd kan worden. Zes jaar is een pittige eis, zeker als het voor parttimers ook nog eens rechtevenredig wordt verlengd. Veel kortere stages zijn in Europa gebruikelijk. Alleen Oostenrijk overtreft Nederland met een stage van zeven jaren (in feite door een samenvat van regelingen 9½ jaar). Daarvan kunnen er echter vier buiten het notariaat worden vervuld. De verlengde stage in Nederland had eerder een remmend dan een marktbevorderend effect op de toetreding.

7.3.1.3. *Recente werkervaring*

Toegevoegd werd in 1999 de regel dat om benoemd te kunnen worden de kandidaat-notaris recente werkervaring moest hebben, in die zin dat van de laatste drie

707 Doordat veel notarissen ook onder de oude wet al in geassocieerd verband werkten en bij opvolging of uitbreiding in wezen de associatie bepaalde met wie zij wel en niet wensten te associëren, kon het ministerie van Justitie in wezen geen echt benoemingsbeleid voeren. Zie ook: Huijgen/Pleysier, De wetgeving op het notarisambt, 2001, p. 17 en Kok, Het ontwerp voor een nieuwe notariswet, WPNR 6140(1994), p. 414.

708 Artikel 31 Wna.

jaren, hij twee jaren in de notariële praktijk werkzaam geweest moest zijn. Bij het nu voorliggende wetsvoorstel tot wijziging wordt de regel gehandhaafd, maar is wel in een versoepeling voorzien.

In samenhang met de lange stage is deze regel een forse belemmering voor zij-instroom en herintreding en daarmee marktbelemmerend.

7.3.1.4. *Het ondernemingsplan*

Het ondernemingsplan is een selectie criterium dat na veel overleg en weerstand van uit de hoek van de marktbevorderaars uiteindelijk toch in de wet is gekomen. De invoering van het ondernemingsplan was bedoeld om te voorkomen dat er financieel slecht lopende notariële praktijken zouden ontstaan en om daarmee een garageboxen/achterkamertjesnotariaat te vermijden. Niet zozeer voor het aanzien van het notariaat, als wel primair om het publieke belang van een ook financieel solide notariaat te borgen. De sollicitant moest zich in de ondernemingsaspecten verdiepen en overtuigend op schrift stellen dat hij:

- over voldoende financiële middelen beschikte om een kantoor te houden dat in overeenstemming is met de eisen van het ambt;⁷⁰⁹
- na drie jaren de praktijk kostendekkend kan uitoefenen.⁷¹⁰

Het is aan een commissie van deskundigen⁷¹¹ om daarover advies uit te brengen. Deze commissie wordt op haar beurt ambtelijk bijgestaan door deskundigen die werkzaam zijn bij het Bureau Financieel Toezicht.⁷¹² Of de opening van een nieuwe plaats van vestiging mogelijk ten koste zal gaan van (naburige) gevestigde collega's, speelt geen rol. Het gaat puur om de economische kansen van de nieuw te benoemen notaris. Is er een positief advies van de commissie van deskundigen, dan halen de ook voorheen bekende bezorgde brieven van plaatselijke/regionale notarissen of een Kamer van Toezicht niets meer uit. Onder de huidige wet is dat een kansloze missie. Immers, een benoeming kan nog uitsluitend worden geweigerd:

- als aan één of meer van de in de wet genoemde voorwaarden⁷¹³ niet is voldaan; of
- wanneer gegronde vrees bestaat dat de aspirant-notaris in strijd zal handelen met de voor het notarisambt geldende regels; of
- als hij uit anderen hoofde de eer en het aanzien van het notarisambt zou kunnen schaden.

709 Besluit ondernemingsplan, besluit van 9 april 1999, nota van toelichting, onder 'algemeen' sub a.

710 Besluit ondernemingsplan, besluit van 9 april 1999, nota van toelichting, onder 'algemeen', sub b.

711 Artikel 7 Wna en § 3, artikel 5 van het besluit ondernemingsplan, besluit van 9 april 1999.

712 § 3, artikel 5 lid 6 van het besluit ondernemingsplan, besluit van 9 april 1999.

713 Artikel 6 of 9 Wna.

Regionale of lokale concurrentievrees van collega's behoort onder de nieuwe wet niet tot de weigeringsgronden. Overigens trokken ook vroeger de standplaatsencommissie en het ministerie van Justitie zich niet al te veel aan van dat soort vrijwel standaard voorkomende angstbrieven (van naburige notarissen), als de cijfers van onder meer gepasseerde grote aantallen akten wel degelijk een nieuwe standplaats indiceerden.

Het toevoegen van het ondernemingsplan als toelatingscriterium heeft ten doel gehad niet-lonende notariaten te voorkomen, marktbevorderende effecten zijn daarmee niet beoogd. Tegenstanders, waaronder Baarsma,⁷¹⁴ betitelen het ondernemingsplan als marktbeperkend.

7.3.2. *Ambtelijke werkzaamheden nu ook buiten de plaats van vestiging*

De marktwerking werd verder bevorderd door de notaris toe te staan ook buiten zijn plaats van vestiging (mits in Nederland) ambtelijke werkzaamheden te verrichten.⁷¹⁵ Afstanden vormen minder dan ten tijde van de vaststelling van de oude regels een obstakel. Daarom voert deze regel inderdaad de competitie tussen notarissen op.

Het buiten het eigen kantoor passeren mag echter niet leiden tot het feitelijk aanhouden van een bijkantoor.⁷¹⁶ De notaris mag immers geen bijkantoren houden.⁷¹⁷ Het Hof Amsterdam heeft aangegeven dat als een notaris niet meer dan 1% van zijn ambtelijke werkzaamheden in één ruimte buiten zijn kantoor verricht, er geen sprake is van een bijkantoor.⁷¹⁸

In Frankrijk bijvoorbeeld is het passeren in andere delen van het land ook toegestaan; het komt daar veel voor. Zoals het desbetreffende overzicht in § 6.15.1. in het Tweede Luik aangeeft, wordt dit in zes van de zeventien onderzochte landen niet toegestaan. De argumentatie daarvoor is dat daardoor het zorgvuldig afgewogen systeem van plaatsen van vestiging in relatie tot de aldaar geprognosticeerde omzet wordt ontregeld. Deze wijziging had zowel een marktbevorderende werking, doordat er meer aanbieders van de diensten kwamen, alsook een publieksvriendelijk effect. Immers, de cliënt hoefde niet meer per se naar de plaats van vestiging⁷¹⁹ van de notaris van zijn keuze te gaan, maar het omgekeerde mocht

714 Baarsma, B., Kroonverjaardag marktwerking in het notariaat: Tijd voor een feestje?, *Ars Notarius* 143, Deventer: Kluwer 2010, p. 32-33.

715 Artikel 13 Wna.

716 Artikel 13 Wna.

717 Werkgroep II van de KNB heeft in voorjaar 2010 aan haar bestuur aanbevolen om te onderzoeken of het verbod om buiten de eigen standplaats zitdagen te passeren, gehandhaafd moet worden, p. 9.

718 Hof Amsterdam 2 juni 2005, LJN AT 7572 (633/2004).

719 Onder de oude Wna mocht de notaris weliswaar al wel buiten zijn standplaats passeren, maar uitsluitend binnen het arrondissement waar hij standplaats hield.

ook en nu mag een akte ook buiten het arrondissement van de notaris worden gepasseerd.

7.3.3. *De kwaliteitsrekening*

In de Wna 1999 is de kwaliteitsrekening geïntroduceerd: een regeling die moet bevorderen dat de cliëntengelden op een notariskantoor veilig zijn. Verhaalsmogelijkheden en aansprakelijkheidsverzekeringen vormen altijd nog de vangnetten voor gedupeerde notarisklanten, maar de kwaliteitsrekening vormt een complementaire beveiliging, een regeling die in de plaats kwam van de toen ook door iedere notaris al aangehouden stichting derdengelden. De notariële kwaliteitsrekening is wettelijk geregeld en zorgt dat de cliëntengelden die op zo'n rekening zijn gestald ingevolge wettelijke bepaling buiten een eventueel faillissement van de notaris vallen.⁷²⁰

De notaris mag van die rekening geen opnamen doen, anders dan ten behoeve van de desbetreffende cliënten. Ook economisch slechte tijden voor het notariaat vormen geen excuus.⁷²¹ De degelijke en veilige structuur van de kwaliteitsrekening is niet bestand tegen wederrechtelijke opnames door een notaris of zijn personeel. Overtreding (bij herhaling) kan aanleiding vormen tot ontzetting uit het ambt.⁷²² Overtreding is niet alleen tuchtrechtelijk verwijtbaar, mogelijk ook strafrechtelijk (verduistering). Het BFT ziet nauwlettend toe op het zuivere gebruik van de kwaliteitsrekeningen en de veiligheid van de cliëntengelden.

Met het element marktwerking had de introductie van deze regeling niet van doen.

7.3.4. *Interdisciplinaire samenwerking (IDS) ofwel samenwerking van notarissen met andere beroepsbeoefenaren*

De wetgever heeft samenwerking met andere disciplines mogelijk willen maken door in 1999 in artikel 18 van de Wna te bepalen dat de notaris een samenwerkingsverband met beoefenaren van een ander beroep mag aangaan. De bedoeling van de wetgeving lijkt tot zover in de tekst te zijn: het royaal toestaan van interdisciplinaire samenwerking. Maar dan komt de volgende zin: mits hierdoor zijn onafhankelijkheid of onpartijdigheid niet wordt of kan worden beïnvloed. Daarmee is de ruime mogelijkheid van de eerste zin wel heel klein gemaakt, als

⁷²⁰ Artikel 25 Wna.

⁷²¹ Volgens het jaarverslag van het BFT over 2009 stonden er 51 notarissen (ultimo 2008 waren dat er nog 25) onder verscherpt toezicht en is er 39 keer een negatieve bewaringspositie gerapporteerd, waarvan tien vanwege administratieve onvolkomenheden, terwijl naar acht een nader onderzoek werd gedaan. In 2009 zijn geen aanvragen voor het faillissement van notarissen ingediend.

⁷²² Hof Amsterdam 6 januari 2010, LJN BL 0670, ontzetting uit het ambt van notaris.

het al niet een *contradictio in terminis* is. Per saldo is er door de nieuwe wet geen uitbreiding van de mogelijkheden tot interdisciplinaire samenwerking bereikt.

De overheid wilde dat de notarissen ook met accountants zouden gaan samenwerken.⁷²³ Bij de behandeling van de Wna 1999 in de Tweede Kamer werd door De Jong c.s. een motie ingediend waarbij de regering uitdrukkelijk werd verzocht in overleg te treden met de notarissen en andere relevante beroepsgroepen over de vraag met welke beroepsgroepen de notaris mag samenwerken.⁷²⁴ Ter uitvoering van deze motie is het rapport Interdisciplinaire samenwerking door notarissen opgesteld en op 1 oktober 1999 gelijk met de inwerkingtreding van de nieuwe Wna door de staatssecretaris van Justitie – mede namens de minister van Economische Zaken – aan de voorzitter van de Tweede Kamer aangeboden.

Met deze bepaling, hoezeer in wezen ook beperkt, is mede beoogd de pluri-formiteit van verschijningsvormen van het notariaat te bevorderen en daarmee evenzo de marktwerking.

7.3.5. *Publiciteit*

De mogelijkheden om publiciteit te bedrijven zijn ter gelegenheid van de omzettingsoperatie van de voormalige ereregelen in verordeningen (noodzakelijk geworden na de invoering van de Wna 1999) aanzienlijk uitgebreid.⁷²⁵ Advertorials, borden langs sportvelden, uitvoerige sites, reclame: er mag veel. In het algemeen is publiciteit geoorloofd, mits waarheidsgetrouw, objectief en met eerbiediging van het beroepsgeheim en voor zover niet in strijd met specifieke verboden. Een voorbeeld van een specifiek verbod doet zich voor wanneer de diensten van de ene notaris met die van een collega worden vergeleken. Dat is overigens wel toegestaan als representatieve en verifieerbare elementen worden vergeleken.

De marktwerking werd hiermee bevorderd.

7.3.6. *KNB van vereniging naar PBO*

De KNB is van vereniging omgevormd naar een openbaar lichaam in de zin van artikel 134 van de Grondwet. Bovendien staat de B in de afgekorte naam KNB, sinds 1 oktober 1999, niet meer voor Broederschap, maar voor Beroepsorganisatie. Deze verandering kan op het conto van toenmalig KNB-voorzitter Rieter worden geschreven, die zich daar zeer voor heeft ingezet, hetgeen overigens niet zonder slag of stoot tot stand kwam, omdat er in de ledenraad onder aanvoering van

723 Zo bijvoorbeeld staatssecretaris Kalsbeek in haar toespraak op de jaarvergadering van de KNB op 29 september 2000.

724 Motie De Jong c.s. door de Tweede Kamer der Staten-Generaal aanvaard op 14 april 1998.

725 Artikel 26 t/m 31 Verordening beroeps- en gedragsregels en toelichting van 21 juni 2000.

de latere KNB-voorzitter Tromp een stevige oppositie is gevoerd om het woord broederschap te behouden. Het argument van Rieter, zoals mij dat uit de ledenraadsvergaderingen is bijgebleven, was: eigentijds en respectvoller tegenover de vele dames in het ambt.⁷²⁶ De argumentatie van Guus Rieter gaf in een spannende stemming uiteindelijk de doorslag, waarna de wetgever deze aanbeveling overnam.

De Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie heeft als taak: de bevordering van een goede beroepsuitoefening van de leden en van hun vakbekwaamheid.⁷²⁷

Onder deze vlag kan de KNB veel: de verzorging van de permanente educatie, het contact met stakeholders, ministeries en parlement en in het bijzonder het opmaken van verordeningen. Een vervolgings- en handhavingsbeleid betreffende notarissen die de grenzen overschrijden respectievelijk opzoeken om in de nieuwe omstandigheden te zien waar die liggen, behoort in principe niet tot het takenpakket van de KNB; de KNB is immers geen toezichthouder. Maar feitelijk kan de KNB wel bijdragen aan een goed toezicht, handhaving en bijbehorend tuchtrecht door met name de bepaling in de Wna dat de voorzitter van de kamer van toezicht verplicht is een onderzoek te gelasten indien het bestuur van de KNB of het bestuur van het Bureau daarom verzoekt⁷²⁸ en het recht om klachten in te dienen.⁷²⁹ Bovendien heeft door het indienen van zo'n verzoek tot onderzoek de KNB niet het recht verwerkt om een formele klacht in te dienen,⁷³⁰ wellicht juist naar aanleiding van de resultaten van dat onderzoek. Via convenant met het BFT bevordert en controleert de KNB de juiste naleving van de Wwft. Zoals verder in deze tekst vermeld zal worden, heeft de KNB dit feitelijke handhavingsbeleid in de praktijk ook daadwerkelijk toegepast.

Uit de oorspronkelijke taakomschrijving in het wetsvoorstel is bij amendement De Koning c.s. de behartiging van het gemeenschappelijk belang van de leden, geschrapt;⁷³¹ in Europa een unieke beperking. De taak van de KNB is beperkt tot die onderwerpen waarmee een openbaar of publiek belang is gediend.⁷³² De behartiging van met name de economische belangen behoort daar niet toe.⁷³³ De KNB mag geen vestigingsbeleid meer voeren en bijvoorbeeld ook geen adviestarieven

726 Deze strofe is ontleend aan het geheugen van de auteur, die de discussie en stemming in de ledenraad ter zake heeft bijgewoond.

727 Artikel 61 Wna.

728 Artikel 96 lid 2 Wna. In de statuten van de toenmalige vereniging de Koninklijke Notariële Broederschap was een uitvoerige regeling opgenomen van een intern tuchtrecht. De regeling van artikel 96 kan in zekere zin worden gezien als een tegemoetkoming aan de wens om een alternatieve mogelijkheid voor disciplinair ingrijpen, naast het eigenlijke tuchtrecht te behouden (Kamerstukken II 1997/98, 23 706, nr. 3, p. 61 (MvT)).

729 Artikel 99 lid 1 Wna.

730 Eveneens Kamerstukken II 1997/98, 23 706, nr. 3, p. 61 (MvT).

731 Kamerstukken II 1997/98, 23 706, nr. 23.

732 Toelichting op het amendement, nr. 23; zie echter ook Toelichting, nr. 6, p. 29.

733 Verstappen, L.C.A., De Practycke van de notaris, rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar op 24 oktober 2000, *Ars Notariatus C.V.I.*, p. 12.

geven.⁷³⁴ In veel gevallen zullen evenwel de gemeenschappelijke beroepsbelangen samenvallen met de publieke belangen, zoals ook de staatssecretaris van Justitie in de memorie van toelichting opmerkte. Bijvoorbeeld het zodanig organiseren van het notariaat dat de zekerheid in het rechtsverkeer goed geborgd wordt, kan zowel een beroepsbelang als een publiek belang betreffen. Verstappen stelt dat de KNB-taken, zoals het bevorderen van de goede beroepsuitoefening en het bevorderen van vakbekwaamheid, alsmede de bewaking van de eer en het aanzien van het ambt vrijwel altijd ook wel invloed hebben op de marktwerking binnen het notariaat. Dat geeft een spanningsveld. Hij is van mening dat de goede beroepsuitoefening, vakbekwaamheid en eer en aanzien van het ambt het zouden moeten winnen van de marktwerking. In de visie van Verstappen heeft de KNB alle mogelijkheden om verordenend op te treden als zich ongewenste situaties voordoen. Zeker nu het via de reparatiewet sinds 1 augustus 2004 mogelijk is om bij verordening regels te stellen betreffende de kwaliteit van de beroepsuitoefening (artikel 61 lid 2 tweede volzin Wna).⁷³⁵ Hij stelt afsluitend dat naarmate de marktwerking steeds harder wordt, de behoefte aan regelgeving en handhaving zal toenemen.

7.3.7. *De tarieven vrij*

Over de notariële tarieven is vóór en na de invoering van de Wna 1999 de meeste discussie geweest. De grondslag van de tarieven had, zoals eerder opgemerkt, aanzienlijke scheefgroei met zich gebracht. Toch moesten notarissen zich aan de tarieven houden en was volgens het Gerechtshof Amsterdam⁷³⁶ zelfs het openbaar belang gediend met een strikte naleving van de tarieven. In de ondernemingssector waren de tarieven, afgezien van een heel mager bodemtarief, al jaren vrij. In de nieuwe wet was de clausule opgenomen dat de ministers van Justitie en Economische Zaken gedurende de eerste drie jaren na de inwerkingtreding van de Wna gezamenlijk jaarlijks bij ministeriële regeling tarieven voor de notariële dienstverlening zouden gaan vaststellen.⁷³⁷ Na het aanvankelijke plan om de tarieven ineens helemaal los te laten, is er na een langdurige discussie in de vaste commissie van Justitie van de Tweede Kamer (inmiddels Veiligheid en Justitie), waarin naast de beide genoemde ministeries vooral ook de KNB een rol speelde, een compromis gesloten ter voorkoming van ongelukken. Leidraad zou zijn een geleidelijke overgang van vaste naar vrije tarieven, waarbij gebruik zou worden

734 Kamerstukken II 1993/94, 23 706, nr. 3, p. 11 en 50 (MvT).

735 Verstappen, L.C.A., Het notariaat in Spagaat: over instroom en de toekomst van het notariaat, WPNR, 2004, 6591, 25 september 2004, § 19, i.

736 Hof Amsterdam 19 januari 1995, nr. R381/94, WPNR 6179: 'Het openbaar belang eist een beroepsuitoefening door de notaris die wordt gekenmerkt door onafhankelijkheid, ook ten opzichte van zijn cliënt, en door onpartijdigheid. Aan die onafhankelijkheid en onpartijdigheid kan afbreuk worden gedaan wanneer zich de situatie voordoet dat de cliënt de hoogte van het door de notaris te hanteren tarief kan beïnvloeden.'

737 Artikel 127 lid 2 Wna 1999.

gemaakt van bandbreedten. Daarnaast zou de minister van Justitie, wederom in overeenstemming met de minister van Economische Zaken, een commissie van drie leden gaan instellen die tot taak had om gedurende de overgangsperiode van drie jaar⁷³⁸ rapport uit te brengen over de gevolgen van de wet, in het bijzonder met betrekking tot haar doeltreffendheid ter zake van de bedrijfsvoering van het notariaat, de kwaliteit van de notariële dienstverlening, de continuïteit, de toegankelijkheid van het notariaat en de ontwikkeling van de tarieven. Dat werd de commissie monitoring notariaat, ingesteld bij Besluit van 18 oktober 1999.⁷³⁹

Ten slotte heeft de wetgever het ook nodig geacht voor minder draagkrachtigen een maximumtarief te laten gelden,⁷⁴⁰ te bepalen op het gemiddelde van de in artikel 35 lid 4 van de Wet op de rechtsbijstand vermelde eigen bijdragen. Blokland formuleert het positief zo, dat het bepaalde in artikel 56 lid 1 Wna alleen geldt voor de familierechtelijke praktijk (met uitzondering van verdelingen indien voldoende saldo aanwezig is).⁷⁴¹ Huijgen/Pleysier⁷⁴² en Waaijer⁷⁴³ vinden het opvallend dat de notaris aldus onder de kostprijs moet werken. De minderdraagkrachtige wordt weliswaar geholpen, maar de rekening wordt neergelegd bij de notaris. Opvallend dat in een overigens vrije markt de ondernemer gedwongen wordt tot prestaties onder de kostprijs. In het oude tariefsysteem was er nog sprake van cross-subsidie, waar de ene dienst te veel op bracht, maar waardoor de andere te goedkoop was of onder omstandigheden zelfs om niet kon worden aangeboden. Nu is alleen de goedkope zijde van het 'cross' gehandhaafd. De verandering had een sterk marktbevorderend oogmerk.

7.3.8. Overige veranderingen in de Wna 1999

In de Wna zijn naast de gemelde veranderingen nog de volgende te onderscheiden:

- een nieuwe definitie van het begrip kandidaat-notaris;
- de invoering van een notarisregister en een register van nevenbetrekkingen;
- de notaris werkt in het vervolg op basis van een overeenkomst;
- de invoering van een vaste waarnemer voor de notaris;
- het beroep van een comparant hoeft niet meer in de akte te worden vermeld;
- de beroepsopleiding is in de wet geregeld;
- de vertaling en de meertalige akte;
- ook kandidaat-notarissen kunnen deel uitmaken van de Kamers van Toezicht;
- tuchtrecht ook voor kandidaat-notarissen;

⁷³⁸ Van 1 oktober 1999 tot 31 maart 2003.

⁷³⁹ Stcrt. 1999, nr. 206.

⁷⁴⁰ Artikel 56 Wna.

⁷⁴¹ Blokland, Teksten en toelichting op de Wet op het notarisambt, Koninklijke Vermande, p. 70.

⁷⁴² Huijgen, W.G. en Pleysier, A.J.H., De wetgeving op het notarisambt, *Ars Notariatus C* (2001), p. 126-127.

⁷⁴³ Waaijer, B.C.M., *De Notariswet* (Melis), 7e druk, Deventer: Kluwer 2003, p. 339.

- financieel toezicht door BFT (een ZBO die wordt gefinancierd door de Staat) als opvolger van het Centraal Bureau van Bijstand (dat werd gefinancierd door de notariskantoren).

7.3.9. *Exclusieve taken/monopolies onveranderd*

Als een land een goed georganiseerd notariaat heeft, dat haar doelstelling integer, onafhankelijk, onpartijdig en op een kwalitatief goed niveau waarmaakt, dan is er alle reden om dat systeem ook te gebruiken ten dienste van de borging van, voor zowel de contractspartijen als de samenleving, vitale rechtshandelingen.

Als het systeem niet goed gaat functioneren, als de kwaliteit onder druk komt, er dientengevolge veel fouten in het kadaster kunnen komen, kortom als de geboden rechtszekerheid dubieus wordt, dan zal er onvrede ontstaan. Die onvrede begint bij het publiek, de banken, andere instituten, consumentenorganisaties en komt zo ook bij de bewindslieden en Kamerleden. De verleende exclusieve rechten worden niet meer zo waar gemaakt als de bedoeling was bij de verlening van die rechten en daarmee komt het hele systeem van monopolies onder druk te staan. Althans in die sectoren waar de kwaliteit gaat haperen.

In Nederland is er bij de herziening van de Wna in 1999 uiteindelijk voor gekozen de monopolies te ontzien en is de notariële taakopdracht één en ander maal bevestigd en zelfs uitgebreid. Mededingingsinstanties bepleitten dat zeker een stapeling van reguleringen de marktwerking te veel belemmert. In het Nederlandse notariaat zijn bepaalde regels verdwenen⁷⁴⁴ met als vlaggeschepen van marktwerking de *numerus clausus* en de tarieven, maar uitdrukkelijk niet de monopolies. Uitsluitend de (ultimo 2009) 1480 notarissen,⁷⁴⁵ die werken vanuit circa 822 kantoren, mogen die gemonopoliseerde diensten verlenen. De marktwerking en de competitie vindt dan plaats tussen die 822 kantoren. Dat zijn er aanzienlijk meer dan het aantal banken of energieleveranciers dat met elkaar moet wedijveren. Het vertrouwen in het notariële systeem is kennelijk nog steeds groot, gezien dat grote aantal exclusieve werkzaamheden.

Naast de monopolies zijn er ook andere publieke belangen die door het notariaat worden behartigd, zoals criminaliteitsbestrijding door middel van een poortwachtersrol, identificatie, naleving Wvft, inzage van de notariële akten bij de registratie door de Belastingdienst, de inning van (overdrachts)belasting voor de overheid, het voorzien van gegevens aan openbare registers zoals het kadaster, het handelsregister, het testamentenregister en het huwelijksgoederenregister. Al deze doelen tezamen dienen te worden meegewogen in de proportionaliteits-toets ten opzichte van dat andere publieke belang, de marktwerking. Zoals eerder

744 Er zijn daarentegen ook andere regels bijgekomen en onder de correctie zullen we zien dat er nog meer regels bijkomen.

745 Jaarverslag 2009 BFT, p. 14.

genoemd, zijn het vooral de vaste tarieven, de *numerus clausus*, de monopolies en de publiciteit die in het kader van de bevordering van de marktwerking kritisch worden beoordeeld. Zeker als een aantal van die onderwerpen in één beroeps-groep samenkomen.

Het Nederlandse notariaat is met veel monopolies belast en juist bij zo veel exclusieve rechten vond de overheid in de jaren negentig van de vorige eeuw dat er extra aandacht moest zijn voor die andere marktbelemmerende factoren. De competitie moest worden aangescherpt, met als gewenste en door de beleidsmakers ook in het vooruitzicht gestelde uitkomst, betere notariële producten voor een lagere prijs. Er kan echter ook omgekeerd worden geredeneerd. Als de notaris in het rechtssysteem zo'n belangrijke rol in het publiek belang heeft toebedeeld gekregen, dan moet juist extra aandacht worden gegeven aan de borging van de goede uitoefening van die taak. Dan behoort extra zorgvuldig te worden afgewogen en beoordeeld of de marktbevorderende wijzigingen wel proportioneel zijn in relatie tot dat andere publieke belang.

7.3.10. *Effecten op marktwerking/borging van de notariële taak en proportionaliteit*

In het volgende schema worden de belangrijkste wijzigingen van de Wna 1999 aangegeven met aanduiding van de desbetreffende maatregel in relatie tot marktwerking respectievelijk borging van de rechtszekerheid. Ook hier zullen de beoordelingen wel verschillen, afhankelijk van welke primaire invalshoek het door de beoordelaar wordt bekeken. De kwalificatie door middel van ja/nee is summier. Ten aanzien van enkele punten zal hierna een nadere uitleg worden gegeven.

Wijzigingen 1999 in notariële regelgeving	Overwegend marktbevorderend effect	Overwegend effect op de borging van andere publieke belangen die de Wna nastreeft, zoals de rechtszekerheid, door middel van een onafhankelijke, onpartijdige en kwalitatieve beroepsuitoefening
1. afschaffing <i>numerus clausus</i>	ja	nee
2. verlenging stage zes jaar	nee	ja
3. recente werkervaring twee jaar uit drie	nee	beperkt ja
4. invoering ondernemingsplan	nee	ja
5. ambtelijke werkzaamheden ook buiten eigen arrondissement	ja	nee
6. invoering kwaliteitsrekening	nee	ja
7. erkenning in de wet en nadere regulering in IDS-verordening	zowel markt	als borging
8. verruiming mogelijkheden publiciteit	ja	nee
9. KNB wordt een PBO	nee	ja
10. afschaffing alle notariële tarieven	ja	nee
Van de 10 wijzigingen:	4½ (+++) keer een overwegend marktbevorderend effect	4½ keer een overwegend borgend effect

Toelichting:

Deze inschaling van de destijds nieuwe maatregelen op de wijze zoals is aan-gegeven, is gebaseerd op de persoonlijke inschatting van de auteur van dit boek. Aan de uitkomsten van het schema ligt niet een echt methodologisch verantwoord onderzoek ten grondslag. Moge het gekwalificeerd worden als een *educated guess* van een min of meer ervaringsdeskundige.

Sub 1. De afschaffing van de *numerus clausus* staat hoog op de lijst van marktremmende fenomenen en als zodanig moet de afschaffing daarvan met stip in het rijtje van marktbevorderende maatregelen worden vermeld. In Nederland werd, zoals eerder omschreven, al in de jaren voor de afschaffing een zeer actief beleid ten aanzien van de uitbreiding van het aantal standplaatsen gevoerd. Een dynamische *numerus clausus* was het gevolg. Het resultaat van de afschaffing van de *numerus clausus* heeft juist door dat voorgaande actieve beleid van Justitie en de KNB,⁷⁴⁶ niet tot veel grotere aantallen nieuwe plaatsen van vestiging geleid. En door de voorkeur van aanstaande notarissen voor aansluiting bij samenwerkingsverbanden is het aantal nieuwe solitaire vestigingen al helemaal tegengevallen. Toch is door de afschaffing van de *numerus clausus* ook voor de langere termijn de toetreding niet van een al dan niet actief overheidsbeleid afhankelijk. In die zin is de afschaffing een structureel marktbevorderende maatregel.⁷⁴⁷

Sub 2. De verlenging van de stage maakt het toetreders niet eenvoudiger; wat dat betreft is de verlenging (verdubbeling) niet marktbevorderend. De borging van de rechtszekerheid lijkt daarmee wel beoogd te zijn.

Sub 3. Voor de eis van recente ervaring geldt in meer of mindere mate hetgeen bij sub 2 is vermeld.

Sub 4. De invoering van het ondernemingsplan als onderdeel van de toetredingsprocedure maakt het weliswaar niet eenvoudiger om notaris te worden, maar lijkt ook geen onoverkomelijke barrière op te werpen, als tenminste de start van een nieuwe plaats van vestiging uit bedrijfseconomisch oogpunt verantwoord is. In die zin is de maatregel niet marktbevorderend, maar mogelijk wel remmend, omdat de de kandidaat-notaris die overigens aan alle benoemingsvereisten voldoet, bij een afgekeurd ondernemingsplan toch geen notaris kan worden. In die zin kan er dus wel een rem op de toetreding tot het ambt en daarmee op de vrije marktwerking plaatsvinden. Doordat er alleen gestart wordt met een nieuwe standplaats als het

746 Per ultimo 1989 waren er 1001 standplaatsen, tien jaar later op 1 oktober 1999 waren dat er 1332, een vermeerdering van 331 standplaatsen in tien jaar onder het regime van de *numerus clausus*.

747 Zie de eerdere verwijzing naar een opmerking van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie Teeven, waar hij de *numerus clausus* ter discussie stelt.

een economisch verantwoorde stap is, lijkt deze regel een solide bedrijfsvoering te bevorderen en daarmee kan het een positieve invloed hebben op de borging van de rechtszekerheid en is er voldoende economische basis om een kwalitatieve dienstverlening te bevorderen. Ditbenoemingsvereiste speelde overigens ook materieel al wel vaak een rol. Immers, de kandidaat-notaris die zich wil inkopen of een praktijk wil overnemen, zal veelal een bankfinanciering nodig hebben en die zal alleen worden verkregen als er een goed onderbouwd ondernemingsplan op tafel komt. Hetzelfde zal zich in iedere andere branche evenzeer voordoen, ook zonder wettelijke bepalingen. Het is volstrekt onverantwoord voor iedere aanstaande ondernemer om niet op basis van zo'n plan te gaan werken. Zelfs als er toch weer een vorm *numerus clausus* zou worden ingevoerd, dan nog lijkt het mij geraten om het ondernemingsplan te handhaven.

Sub 5. Doordat de notaris ook buiten zijn plaats van vestiging akten mag passeren, kan het aantal aanbieders in die andere regio worden vergroot. Daarmee wordt de marktwerking bevorderd. Door de opvolgende tuchtrechtspraak dat niet meer dan 1% van de akten op één bepaalde andere locatie⁷⁴⁸ mag worden gepasseerd, is die marktwerking ook weer ingeperkt. De tijd dat bepaalde notarissen meenden een exclusief recht in hun (vooral in plaatsen met slechts één notariskantoor) plaats van vestiging te hebben, behoort daarmee tot het verleden. Een echte bevordering van de borging lijkt daardoor niet bereikt te worden, maar heeft daarop ook geen negatieve invloed.

Sub 6. De invoering van een kwaliteitsrekening heeft niet uit marktbevorderend oogpunt plaats gehad. De kwaliteitsrekening is voor de veiligheid van de cliënten-gelden bedoeld. Daarmee is de rechtszekerheid met betrekking tot een correcte financiële afwikkeling van de onderhanden zaken gediend.

Sub 7. Erkenning en nadere regeling van de interdisciplinaire samenwerking (IDS) heeft de samenwerking met twee andere beroepsgroepen mogelijk gemaakt respectievelijk nader geregeld. Vergeleken met de oude wettekst is dat een bevordering van de marktwerking.

Het feit dat er bij verordening voorschriften zijn vastgesteld die de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notarissen in IDS-verband moeten bevorderen, heeft een positieve invloed op de borging van de rechtszekerheid.

Sub 8. De ruimere mogelijkheden van publiciteit zijn marktbevorderend. Het feit dat een notaris meer aan naamsbekendheid mag doen, zal op zich de borging door middel van een betere kwaliteit niet bevorderen. Het hoeft echter ook geen nega-

⁷⁴⁸ Hof Amsterdam 2 juni 2005, LJN AT 7572 (633/2004).

tieve invloed op de ambtsuitoefening te hebben. Dat een bepaalde naam vaker geafficheerd wordt, maakt de akten nog niet beter en is dus niet kwaliteitbevorderend.

Sub 9. De nieuwe publieke status van de KNB heeft geen marktbevorderend effect. Door de publieke verantwoordelijkheid voor een goede ambtsuitoefening en de mogelijkheid om dat door relevante verordeningen te bevorderen, zal de borging wel bevorderd worden.

Sub 10. De afschaffing van de tarieven is naast de afschaffing van de *numerus clausus* het kroonjuweel van de marktbevorderingsoperatie die ook met de Wna 1999 beoogd werd. Het heeft van alle maatregelen ook verreweg de meeste impact en moet eigenlijk in het schema veel zwaarder worden meegewogen. De concurrentie is er weliswaar aanzienlijk door bevorderd, een hogere kwaliteit zal er, anders dan de verantwoordelijke bewindslieden bij de behandeling in het parlement stelden, per saldo niet door worden bevorderd. Hierna zal daar nader op worden ingegaan en zal voor bepaalde sectoren juist het tegendeel bepleit worden.

Conclusie

De marktwerking in het notariaat is door de Wna 1999 aanzienlijk bevorderd, vooral door de afschaffing van de tarieven. De borging van kwaliteit, onafhankelijkheid, onpartijdigheid en zorgvuldigheid staat met name door de afschaffing van alle tarieven onder druk. Van een proportionele afweging van de voors en tegens van een volledige afschaffing van de notariële tarieven door deskundige objectieve beoordelaars blijkt niet. Het spoort niet met het aangehaalde standpunt van het Hof Amsterdam uit 1995, waarin gesteld wordt dat aan de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de notaris afbreuk kan worden gedaan als de cliënt de hoogte van het notariële tarief kan beïnvloeden. Het past wel bij een breed gewenste inkomenscorrectie voor de notarissen.⁷⁴⁹ De waarschuwingen van de KNB en schrijvers⁷⁵⁰ zijn ter zijde gelegd en er is eerder opportunistisch dan met kennis van zaken geconcludeerd dat én de tarieven zouden dalen én de kwaliteit zou verbeteren.

Nota zou moeten worden genomen van hetgeen het rapport Zicht op wetgeving daarover zegt: Wetten moeten meer in overleg met partijen in het veld tot stand

⁷⁴⁹ Die (te) hoge inkomens waren weliswaar vooral een conjunctureel verschijnsel ten gevolge van forse omzetgroei, evenals de even fors verlaagde notariële omzet in 2009 en 2010. De maatregelen om dat verschijnsel tegen te gaan waren structureel van aard en ingrijpend, die doorwerken ook als de conjunctuur negatief wordt. De effecten gingen veel verder dan de beoogde inkomensverlaging.

⁷⁵⁰ Onder meer: Notariswet Rechtszekerheid in een vrije markt (uitgave stichting tot bevordering der Notariële Wetenschap), Amsterdam 1996, met opstellen van o.m. A.C. Zijdeveld, J.M. Polak, G.Chr. Kok, J.K. Moltmaker, A. Klamer, H.G.J.M. Beckers en H.J.L. Vonhoff.

komen.⁷⁵¹ Dat garandeert dat wetgeving beter aansluit bij de praktijk, maar leidt ook tot de aanwezigheid van voldoende maatschappelijk draagvlak.⁷⁵² Minister van Justitie Hirsch Ballin daarover: ‘(...) dat laatste is niet alleen een praktische noodzaak, maar bovendien een vereiste dat aan het recht inherent is.’⁷⁵³ Indien deze opvattingen in de jaren negentig van de vorige eeuw een rol hadden gespeeld, zou de uiteindelijke tekst van de Wna er mijns inziens anders hebben uitgezien.

Vrije tarieven en effect op de marktwerking

Vóór en ná de invoering van de Wna 1999 is van alle wijzigingen veruit de meeste aandacht uitgegaan naar de vrijmaking van de tarieven. In het licht van al hetgeen verder nog meer in de Wna werd aangepakt, leek misschien al die aandacht in binnen- en buitenland aanvankelijk wat overtrokken. Niets is minder waar gebleken. De impact van de afschaffing van de vrije tarieven ten opzichte van bijvoorbeeld de afschaffing van de *numerus clausus* is een veelvoud daarvan, zowel in het kader van de marktwerking, als in die van de borging van de rechtszekerheid. De competitie tussen de notariskantoren is met name door de vrije tarieven sterk bevorderd, terwijl de kwaliteit, onafhankelijkheid en daarmee de onpartijdigheid, maar ook de full service onder steeds grotere druk zijn komen te staan.

7.3.11. Resumé van de wijzigingen bij Wna 1999

Zoals eerder opgemerkt, zou een overheid zich de vraag moeten stellen wat zij eigenlijk van haar notariaat verwacht. Gezien het grote takenpakket dat de overheid het notariaat heeft opgedragen, heeft Nederland kennelijk een aanmerkelijke verwachting van de mogelijkheden van het notariaat. Onafhankelijkheid en onpartijdigheid worden in de Wna 1999 als kernwaarden bevestigd⁷⁵⁴ en de kwaliteit wordt van groot belang geacht, waar de wet de KNB in de Wna⁷⁵⁵ de opdracht geeft een goede beroepsuitoefening door de (kandidaat-)notarissen te bevorderen evenals hun vakbekwaamheid. Bevordering van de marktwerking is tijdens de ontwerpfasen van de Wna 1999 een steeds belangrijker uitgangspunt geworden. Marktwerking is als een publiek belang aan te merken, maar kan in botsing komen met andere publieke belangen, zoals een goed functionerend openbaar vervoer, gezondheidszorg, medicijnverstrekking, levering en distributie van energie en zoals in casu een goed geordend rechtsverkeer dat de onzekerheid bij partijen wegneemt en daarmee de rechtszekerheid bevordert. Een goede afweging

751 Zicht op wetgevingskwaliteit, een onderzoek naar wetgevingsadvisering van de Raad van State, Den Haag: WODC/Boom 2005, p. 11.

752 Publiek/Privaat: vervlechten of ontvlechten, Intersentia Antwerpen-Oxford 2010, p. 79.

753 Hirsch Ballin, E.M.H., Een vertrouwenwekkende rol van de wetgever, RegelMaat 1997/6, p. 213-219.

754 Artikel 17 Wna.

755 Artikel 61 Wna.

van de desbetreffende publieke belangen zal dan in alle objectiviteit en met deskundigheid moeten plaats hebben. Het kan toch niet zo zijn dat einddoel van de hele nieuwe wetgeving was de marktbevordering. Marktbevordering is een van de middelen (*Mittel-Zweck*) om een goed functionerend notariaat te bereiken. Dat laatste zou het doel moeten zijn en de middelen hadden daarop afgestemd moeten worden. Het doel moet niet veranderd worden ter wille van een mogelijk te ver doorvoeren van een middel (de marktwerking).

7.4. Evaluatie

7.4.1. De ontwikkeling na de afschaffing van de *numerus clausus*

De afschaffing van de *numerus clausus* moest het (veronderstelde) stuwmeer van kandidaat-notarissen doen leegstromen en dan bij voorkeur naar solitaire plaatsen van vestiging (zoals de oude standplaatsen inmiddels waren gaan heten). Dat het zo'n vaart niet liep en al helemaal niet solitair, zou te wijten zijn aan het verfoeide ondernemingsplan⁷⁵⁶ en de te lange stage.⁷⁵⁷ Echter, de meeste kandidaten zochten bij voorkeur aansluiting bij bestaande kantoren en weer anderen verlieten liever het vak. Het toetreden tot een bestaande maatschap werd in 2002 veruit als de meest aantrekkelijke vorm gezien door kandidaat-notarissen, terwijl vestiging als solitair notaris als onaantrekkelijk werd beschouwd. Ook werd geoordeeld dat alleen het vereenvoudigen van de vestigingseisen niet voldoende leek om solitaire vestiging te stimuleren.⁷⁵⁸ De bedoeling van de wetgever was nu juist om met name de solitaire vestiging te stimuleren en daarmee door de vergroting van het aantal aanbieders de marktwerking te bevorderen. In dat streven past ook aanbeveling vier van de monitorcommissie om de ministerieplicht zodanig te wijzen, dat de vestiging van kleine gespecialiseerde plaatsen van vestiging mogelijk zou gaan worden. Op de vraag aan kandidaat-notarissen wat de voorkeur voor de eigen positie in 2008 zou zijn, antwoordde slechts 2% dat zij graag een nieuwe solitaire vestiging zouden willen opzetten, terwijl slechts 10% aangaf wel een solitaire standplaats te willen overnemen.⁷⁵⁹ Hoezeer de aanbevelingen van de monitorcommissie ook om andere redenen relevant zouden kunnen zijn om de toestroom

756 Eindrapport van de Commissie Monitoring Notariaat, periode 1999-2003, Den Haag, februari 2003, commissie ingesteld bij Besluit van 18 oktober 1999, Stcrt. 1999, nr. 206; Aanbeveling 1 van de monitorcommissie luidde: ondernemingsplan afschaffen.

757 Eindrapport van de Commissie Monitoring Notariaat, periode 1999-2003, Den Haag, februari 2003, commissie ingesteld bij Besluit van 18 oktober 1999, Stcrt. 1999, nr. 206; Aanbeveling 2 van de monitorcommissie, luidde: stage terugbrengen van zes jaar naar drie jaar.

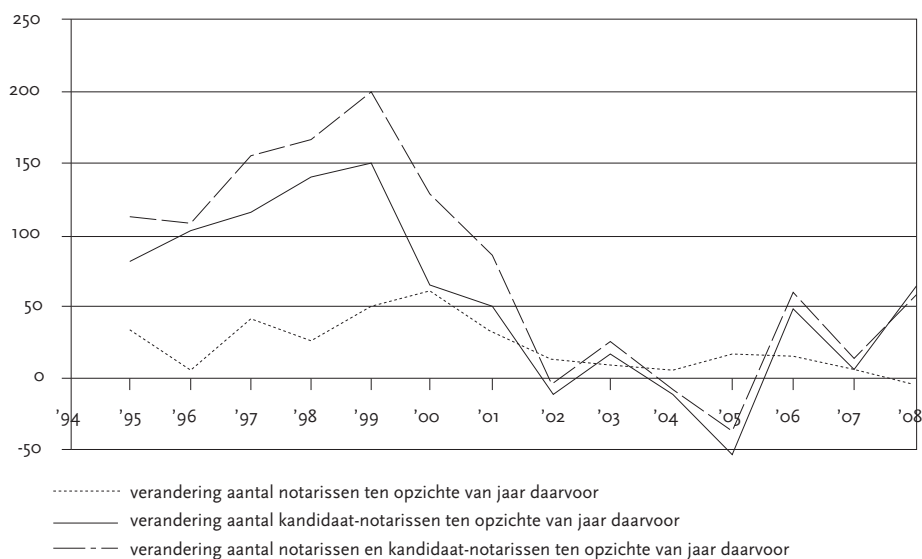
758 Zie gegevensverzameling ten behoeve van de Commissie Monitor Notariaat (EIM), eindrapportage, 1 oktober 2002, fig. 12, p. 52.

759 Zie gegevensverzameling ten behoeve van de Commissie Monitor Notariaat (EIM), eindrapportage, oktober 2002, fig. 13, p. 54.

in het ambt te bevorderen, de gewenste grote uitbreiding van het aantal solitaire plaatsen van vestiging lijkt er op basis van die gegevens toch niet in bepalende mate door bevorderd te worden.

Op 1 oktober 1999 waren er, zoals we zagen 1332 plaatsen van vestiging, per het einde van 2009 waren dat er 1510. Een vermeerdering van 178 in de eerste tien jaren na de afschaffing van de *numerus clausus*. Tegenover als gezegd 331 in de tien voorafgaande jaren. Onder de *numerus clausus* zijn er in de laatste tien jaren van haar bestaan tot 1 oktober 1999 derhalve 153 standplaatsen meer bijgekomen dan in de eerste tien jaren onder het geliberaliseerde systeem. Van die uitbreiding van het aantal plaatsen van vestiging kwamen er veel door middel van uitbreiding van bestaande kantoren. Daardoor kwamen er de facto geen aanbieders van notariële diensten bij, waardoor de beoogde vergroting van de marktwerking langs die weg niet werd bereikt.

Overzicht van de veranderingen in het aantal (kandidaat-)notarissen



Bron: KNB.

De zorgvuldige lezer zal een verschil ontdekken in de aantallen standplaatsen/plaatsen van vestiging in de beschrijvende tekst hiervoor en het vorenstaande schema inzake onder meer de aantallen notarissen. Dat verschil wordt veroorzaakt doordat er inmiddels een aanzienlijk aantal niet ingevulde plaatsen van vestiging bestaat. Per 11 maart 2010 bestonden er 39 zogenoemde zwevende protocollen, waarvan de KNB per dezelfde datum meedeelde dat daarvan de meeste ook niet

zullen worden vervuld en dat ter zake daarvan wordt gewerkt aan de toevoeging aan andere wel ingevulde, veelal naburige protocollen, een signaal dat het notariële ambt aan aantrekkelijkheid verliest.

De afschaffing van de *numerus clausus* is qua marktwerking ideologisch een grote stap geweest, die vooral in het buitenland veel indruk heeft gemaakt en was naast de afschaffing van de gehele tariefregeling het meest spraakmakend. Het is een van de paradepaardjes van de marktwerkingsoperatie in het notariaat. Het gaf echter niet de voorspelde en gewenste grote uitbreiding van het aantal plaatsen van vestiging te zien en al helemaal niet van het aantal solitaire plaatsen.

Vóór het begin van de recessie is als mogelijke oorzaak van het niet uitbundig toenemen van het aantal notarissen, als gezegd, aan te wijzen de vermindering van de aantrekkelijkheid van het notariële ambt in Nederland. Daarnaast is er door de recessie veel minder werk, met name in de vastgoedsector, maar ook in het ondernemingsrecht. Veel notariskantoren hadden wel omstreeks de 70% van hun activiteiten in het vastgoed en juist daar is de teruggang groot.

Er komen minder notarissen bij en verscheidene vacatures worden niet vervuld, omdat de kantoren tot inkrimping besluiten, ook op het niveau van de notarissen, maar ook omdat er minder animo voor een (inmiddels onzekerder) toekomst in het notariaat is.

Een positief en eigenlijk nooit genoemd bijeffect van de afschaffing van de *numerus clausus* is dat de kandidaat-notaris die al jaren op een bepaald kantoor werkzaam is geweest en wel graag zijn patroon wil opvolgen, sterker staat in de onderhandelingen omtrent die opvolging. Een eventueel overvraagde goodwill kan hij afwijzen en in plaats van overname van het protocol gaan opteren voor een nieuwe plaats van vestiging in dezelfde gemeente. Hij zal de beide opties zorgvuldig moeten afwegen, maar in ieder geval een eventuele overvraging van goodwill kunnen pareren. Ondanks deze alternatieve optie heeft de commissie van deskundigen notariaat ook over het economisch slechte jaar 2009 nog in een aantal gevallen te hoge bedragen voor goodwill aangetroffen.⁷⁶⁰

760 Jaarverslag 2009, Commissie van deskundigen notariaat, p. 9.

7.4.2. *De verlengde stage*

De Monitorcommissie⁷⁶¹ met haar aanbeveling nummer 2, maar ook Baarsma in haar voormelde rede op 5 november 2009,⁷⁶² pleitten voor een kortere stage. De monitorcommissie wilde terug naar de oude periode van drie jaren, waarop dan ook nog eens relevante ervaring buiten het ambt in mindering zou moeten kunnen worden gebracht. Relevante ervaring buiten het notariaat in mindering brengen is op zich een goede overweging, zeker vanuit het oogpunt om zij-instroom eenvoudiger te maken. Echter, zeker gezien het grote aantal werkzaamheden dat de Nederlandse notaris bij wet is toebedeeld, lijkt een aldus ingekorte stage te veel van het goede. Baarsma noemde de lange stage van zes jaar een marktwerkingremmende factor. Ook Verstappen pleit voor versoepeling, zeker ook met oog op zij-instroom.⁷⁶³ Een dergelijk lange stage, zoals hiervoor (o.m. in schema) reeds is aangegeven, is in ieder geval niet marktbevorderend.

7.4.3. *De ervaringen met het ondernemingsplan*

Onder de Wna 1999 is de beoordeling van de economische kansrijkheid van een nieuwe plaats van vestiging exclusief ter beoordeling aan de commissie van deskundigen opgedragen. De kritiek is dat de ondernemingsplannen veelal voor een deel door ervaren accountants zouden worden gemaakt. Toch lijkt het goed dat een aanstaande notaris gedwongen wordt zich toch op zijn minst enigermate zelf in de economische soliditeit en haalbaarheid van een nieuwe plaats van vestiging te verdiepen. Voor een notaris die voor eigen rekening en risico een praktijk zal gaan voeren, is het in ieder geval nuttig niet alleen een goed notarieel jurist te zijn, maar ook de economische kant van zijn notarisschap goed in de gaten te houden, bij de start, maar zeker ook daarna. De training van het opmaken van een ondernemingsplan kan daarbij helpen.⁷⁶⁴ De kandidaat-notaris moet zich echt verdiepen in de lokale/regionale notariële mogelijkheden en weten waar hij aan begint. De Boer, voorzitter van de commissie van deskundigen, geeft aan dat de commissie erop let of de kandidaat een goed zicht heeft op de markt en op de producten die hij gaat leveren, hoe de zeggenschapsverhoudingen liggen binnen

761 Eindrapport van de Commissie Monitoring Notariaat, periode 1999-2003, Den Haag, februari 2003, commissie ingesteld bij Besluit van 18 oktober 1999, Stcrt. 1999, nr. 206, geeft als aanbeveling 2 op p. 25: De commissie beveelt aan de stageperiode – overeenkomstig de oude Wet op het notarisambt – terug te brengen tot maximaal drie jaar en de mogelijkheid te openen dat relevante ervaring die in een andere juridische functie is opgedaan op de stageperiode in mindering wordt gebracht.

762 Ars Notariatus 2010.

763 Verstappen, L.C.A., Het notariaat in Spagaat: over instroom en de toekomst van het notariaat, WPNR, 2004, 6591, 25 september 2004, § 12.

764 Dit naast de al jaren bestaande praktijk dat aanstaande notarissen de cursus financiële besturing van het notariaat volgen (W. Hamming).

een eventuele maatschap, hoe het staat met de kantoororganisatie: een behoorlijke kluis, automatisering, personele bezetting (leeftijdsopbouw), voldoende expertise.⁷⁶⁵ Ook als de notaris benoemd is, zal hij goed de vinger aan de (financiële) pols moeten houden en niet alleen maar aandacht mogen hebben voor een goed en verantwoord notarieel product, maar waar nodig tijdig bijsturen in de organisatie.

Volgens het jaarverslag 2009 van de Commissie van deskundigen notariaat zijn er in 2009 slechts 52 ondernemingsplannen ingediend, tegen gebruikelijk 100 tot 110 in de voorgaande jaren. Er werden in 2009 vier negatieve adviezen uitgebracht, terwijl twee plannen door de indieners werden ingetrokken. Voor 2010 verwacht de commissie dat er maximaal zestig ondernemingsplannen zullen worden ingediend.⁷⁶⁶

Naar aanleiding van regiobijeenkomsten inzake de toekomst van het notariaat zijn er adviezen door werkgroepen opgemaakt. De leden van ‘werkgroep 1’ hebben aan het bestuur van de KNB een advies aangeboden, waarbij zij onder meer aanbevelen dat het ondernemingsplan persoonlijk moet worden toegelicht bij de commissie van deskundigen.⁷⁶⁷ Een persoonlijk gesprek van de sollicitant met een instantie zou gewenst zijn, maar of dat nou met de commissie van deskundigen moet, waag ik te betwijfelen. De cijfers kunnen hun werk wel op papier doen. Een gesprek lijkt beter te passen in het kader van een assessment.

Op de introductie van het ondernemingsplan is in de evaluatieperiode van de zijde van de marktbevorderaars veel kritiek geweest.⁷⁶⁸ Zij vonden dat een te grote toetredingsbelemmering en verklaarden daarmee het tegenvallende aantal nieuwe notarissen. Zo heeft ook het Centraal Planbureau⁷⁶⁹ voor de afschaffing van het ondernemingsplan gepleit. Toch heeft, zoals gezegd, het opmaken en de deskundige beoordeling van een ondernemingsplan naar mijn mening een toegevoegde waarde en lijken vooral andere elementen bepalend te zijn voor het al dan niet (solitair) solliciteren.

In geen van de onderzochte landen wordt een ondernemingsplan als selectie-criterium en toelatingseis voor een benoeming tot notaris gehanteerd. Toch zou dit onderdeel van de Nederlandse vernieuwingen wel navolging verdienen.

7.4.4. *Ervaringen met het passeren buiten de plaats van vestiging*

Voorheen waren het vaak de grotere en goed geoutilleerde kantoren uit de Randstad, die bijvoorbeeld voor bouwprojecten de provincie bedienden, met behulp van volmachten en soms in samenwerking (voor de hypotheekakten) met een

⁷⁶⁵ Notariaat Magazine, editie 7-8, jaargang 10, p. 21.

⁷⁶⁶ Jaarverslag 2009, p. 1.

⁷⁶⁷ P. 14 van het desbetreffende advies van april 2010.

⁷⁶⁸ Monitorcommissie in aanbeveling 1.

⁷⁶⁹ Visie op de marktwerking in het notariaat van 16 mei 2006 aan de vaste commissie voor Justitie, van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

plaatselijke notaris, maar ook de ingewikkelder juridische constructies aldaar verzorgden en dan wel met het passeren van de akten in hun eigen kantoor.

Tegenwoordig zijn het ook de betere kantoren uit de niet al te ver afgelegen provincies, die (kunnen) concurreren met de grotere kantoren in de Randstad en dan door hun soms lagere tariefstelling en toch adequate kennisniveau voor een deel van de praktijk ook de competitie in omgekeerde richting doen plaatsvinden.

Het omgekeerde verschijnsel dat klanten van buiten de plaats van vestiging juist een verder afgelegen notaris opzoeken, doet zich vooral voor bij de goedkoopste notarissen, die bij klanten veelal bekend is via onder meer de site www.degoedkoopstenotaris.nl.

Er zijn ook bij de onderzochte zeventien EU-landen meerdere notariaten, waarbij in het gehele land gepasseerd mag worden.

7.4.5. *Verhaalsmogelijkheden als de kwaliteitsrekening toch niet voldoet*

Het Voorzieningsfonds⁷⁷⁰ biedt een onverplichte verhaalsmogelijkheid. De tegoe-den zijn gevormd door vrijwillige bijdragen (in de jaren negentig van de vorige eeuw voor het laatst) van de leden van de KNB. Het bestuur van het fonds wordt samengesteld uit leden van het bestuur van de KNB. Niemand kan echter enige aanspraak jegens de stichting doen gelden.⁷⁷¹ De staatssecretaris van Justitie stelde weliswaar in de beantwoording van Kamervragen dat er nog miljoenen in het fonds aanwezig zijn om lopende zaken te dekken, maar het onverplichte karakter van het fonds is niet gemeld.⁷⁷² Het was wel heel kort door de bocht van de staatssecretaris om op deze wijze naar dit fonds te verwijzen. Het fonds heeft absoluut niet het karakter van bijvoorbeeld het reisgarantiefonds. Dat wordt echter wel gesuggereerd. Door het optreden van de Stichting Voorzieningsfonds van de KNB⁷⁷³ is tot dusver inderdaad de Staat buiten schot gebleven. Dat kan zo maar veranderen als de pot een keer wel leeg is of het bestuur een uitkering niet passend acht. Of de solidariteitsgedachte binnen de beroepsgroep, mede ten gevolge van een forse competitie tussen notarissen en aanzienlijk gedevalueerde collegiale verhoudingen, dan nog zo groot zal zijn dat er collectieve bereidheid en financiële mogelijkheid zal bestaan om een verdere onverplichte bijdrage in de pot te storten, mag worden betwijfeld. Dat dan nog afgezien van de vraag of de KNB überhaupt nog een dergelijke bijdrage van haar leden zou willen/durven vragen.

770 Stichting Voorzieningsfonds van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, opgericht in 1961, statuten op 30 september 1997 gewijzigd vastgesteld.

771 Artikel 2 lid 4 van de statuten.

772 Mondeling vragen uur van dinsdag 6 oktober 2009. Antwoord van staatssecretaris Albayrak n.a.v. vragen van mevrouw Gerkens, p. 10-676.

773 Het doel van de stichting is: in het algemeen belang het aanzien van het notariaat te bewaken, door te bevorderen dat het vertrouwen dat het publiek in het notariaat pleegt te stellen, hoog wordt gehouden. Dat doel tracht de stichting onder meer te bereiken door het geheel of gedeeltelijk herstel van door cliënten van een notaris geleden schade.

Een andere vraag is of niet overwogen zou moeten worden om wel tot een nationaal notarieel garantiefonds te komen. Daarover hierna meer onder 'Correctie'.

Aansprakelijkheid van de Staat der Nederlanden

In 2006 heeft de overheid € 2,8 miljoen betaald aan schuldeisers van het failliete Amsterdamse gerechtsdeurwaarderkantoor TVK.⁷⁷⁴ Een principieel verschil tussen deurwaarders en notarissen lijkt op dit punt niet aanwezig. Ook Waaijer acht de Staat mede aansprakelijk⁷⁷⁵ en verwijst daartoe naar het Burgerlijk Wetboek.⁷⁷⁶ Hij stelt tevens dat het praktisch belang zich uitsluitend zal voordoen indien er geen of onvoldoende verhaal op de notaris mogelijk is. Door individuele en collectieve beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen en mogelijke (onverplichte) bijstand van het Voorzieningsfonds, zal zich ten aanzien van het notariaat niet zo gauw een aansprakelijkstelling van de overheid voordoen. Die aansprakelijkheid bestaat echter wel.

7.4.6. De ontwikkeling van de IDS na 1999

7.4.6.1. De overheid dringt aan op interdisciplinaire samenwerking

Op verzoek van de bewindslieden van Economische Zaken en Justitie hebben de relevante beroepsgroepen in oktober 1999 een werkgroep gevormd om te adviseren over interdisciplinaire samenwerking van notarissen. De werkgroep stond onder leiding van mr. H.F. van den Haak, oud-president van het Hof Amsterdam, destijds tevens bestuurslid van het BFT. De werkgroep bestond uit afvaardigingen uit de top van de NOvA, de NIVRA, de NOvAA, de NOB en de KNB (advocaten, accountants, belastingadviseurs en notarissen). De commissie heeft tevens een rol gespeeld bij de opstelling van de nieuwe IDS-verordening van de KNB.⁷⁷⁷

Het overleg van de commissie werd vertraagd door de discussie over de werking van de Achtste Europese Richtlijn,⁷⁷⁸ met name ten aanzien van de in die richtlijn opgenomen 51% zeggenschapseis voor de accountants. In de loop van 2002 werd duidelijk dat de accountants een beroepsregel zouden gaan vaststellen, waardoor zij wel met andere beroepsgroepen mochten samenwerken, maar alleen

774 De Staat betaalde twee schuldeisers op 29 en 30 maart en 7 april 2007 in totaal € 2,8 miljoen, vervolgens startte de Staat een procedure tegen T en Van de V, teneinde die gelden te verhalen. Eind 2006 besliste de Amsterdamse rechtbank dat T niet, maar Van de V wel aansprakelijk kon worden gesteld. Bron: Het Parool van 14 augustus 2009. Verder: Hof Amsterdam LJN AV 5217.

775 Waaijer, B.C.M., *De Notariswet* (Melis), 7e druk, Deventer: Kluwer 2003, p. 381 en 382.

776 Artikel 3:30 en 3:270 BW.

777 Vademecum, regelgeving notariaat, algemene toelichting bij de Verordening IDS 2003.

778 Richtlijn van 10 april 1984, inzake de toelating van personen, belast met de wettelijke controle van boekhoudbescheiden.

indien zij, de accountants, meer dan 50% van de zeggenschap zouden krijgen.⁷⁷⁹ Voor de andere beroepsgroepen was dat geen goede ontwikkeling.

Daarnaast speelde het debat bovendien goeddeels in de tijd van het Enron-schandaal, welk drama tevens het einde van het *big five*-kantoor Arthur Andersen inleidde. Deze affaire heeft grote invloed gehad op de nationale, Europese en wereldwijde discussie over de onafhankelijkheid van accountants en juristen.

Ten slotte wees in februari 2002 het HvJ EU het hiervoor en hierna veelvuldig aangehaalde arrest Wouters,⁷⁸⁰ waardoor de advocatuur de samenwerking met de accountants mocht verbieden. Het verbod werd geacht noodzakelijk en in redelijke mate proportioneel te zijn.

7.4.6.2. *De verordening interdisciplinaire samenwerking 2003*

De staatssecretaris van Justitie had al in 1999 aangegeven dat er terughoudendheid betracht moest worden totdat de nieuwe IDS-verordening, waartoe artikel 18 Wna ook verplicht, tot stand zou zijn gekomen.⁷⁸¹ Die verordening is er uiteindelijk gekomen in 2003.⁷⁸² Onder de geschetste omstandigheden durfde de KNB, tegen de wens van de ministeries in, de samenwerking met accountants tot een brug te ver te verklaren.⁷⁸³ De overheid accepteerde de beslissing van de KNB en had begrip voor de argumenten en de minister van Justitie keurde de IDS-verordening voor samenwerking van (kandidaat-)notarissen, met advocaten en belastingadviseurs dan ook goed. De kring van professionals met wie mocht worden samengewerkt, bleef beperkt tot advocaten en fiscalisten.

De verordening is vooral een bevestiging van de dan bestaande praktijk, maar probeert met name de door de wetgever gewenste onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notarissen en de geheimhoudingsplicht in dergelijke verbanden te bevorderen en te verstevigen. Dat kan onder meer door middel van het hanteren van “Chinese walls” en door te bepalen dat uitsluitend de notarissen het beleid blijven bepalen binnen hun eigen staak.⁷⁸⁴ De bedoeling van de verordening was

779 M.i.v. 1 januari 2003 traden de accountantsorganisaties in Nederland (NIVRA en NOvAA) nieuwe regels in werking voor alle Nederlandse accountants die wettelijke controles uitvoeren conform Boek 2 titel 9 BW. Met deze nieuwe regelgeving worden de aanbevelingen van de Europese Commissie in de Achtste Europese richtlijn geïmplementeerd in artikel 3.2.1 van de Nadere voorschriften inzake onafhankelijkheid van de accountant.

780 Zaak C-309/99 (Wouters), die eveneens in dezelfde periode werd gewezen, te weten 19 februari 2002.

781 Brief van de staatssecretaris van Justitie van 1 oktober 1999 (toelichting nr. 39) dat tot het moment dat er een doordachte IDS-verordening tot stand zou zijn gekomen, voorzichtigheid en terughoudendheid waren geboden bij verdere IDS.

782 Verordening door de KNB van 18 juni 2003, Stcrt. 2003, 185, goedgekeurd door de Minister van Justitie bij brief van 18 september 2003, inwerkingtreding 6 oktober 2003.

783 Door mij uitgesproken als KNB-voorzitter tijdens de openbare jaarvergadering van de KNB in oktober 2002, met vertegenwoordigers van het ministerie van Justitie als de accountancy in de zaal.

784 Onder staak wordt in IDS-verband verstaan de afdeling van een bepaalde discipline. Dus de staak notariaat, de staak advocatuur of de staak belastingadviseurs.

daarmee ook om de notarissen als vrijwel altijd kleinste beroepsgroep binnen de samenwerkingsverbanden een steuntje in de rug te geven bij het nakomen van hun beroepsvereisten. In artikel 5 gaat de verordening wel ver, waar bepaald wordt dat de notaris aan zijn kantoorgenoten (*compagnons*) de verplichting moet opleggen dat dezen zich, evenals de notaris, onthouden van voor de notaris bij of krachtens de wet verboden handelingen. Het is dan wel slechts een inspannings-verplichting⁷⁸⁵ van de notaris, maar het is mogelijk een van de meest overtreden regels. Het is moeilijk voorstelbaar dat al die binnen- en buitenlandse advocaten en fiscalisten net als de notaris, geen geld gaan lenen, geen borg gaan staan (ook niet voor hun kinderen), aan dezelfde beleggingsbeperkingen zijn gebonden en zich eveneens houden aan respectievelijk onthouden van andere voor de notaris geboden of verboden handelingen. Er zijn nu wel grotere zorgen voor de regelmakers van de KNB, maar bij een volgende stofkam moet dat toch maar uit de verordening verdwijnen.

Verstappen⁷⁸⁶ stelde dat nu het zo is dat IDS is toegestaan, er een gulden middenweg moet worden gezocht hoe de IDS vorm te geven. Hij noemde drie voorwaarden:

1. financiële onafhankelijkheid en geen winst- of verliesdeling;
2. behoud van volledige zeggenschap over de wijze waarop het notariaat binnen een interdisciplinair samenwerkingsverband wordt uitgeoefend, inclusief deugdelijke “Chinese walls”;
3. externe herkenbaarheid van het notariaat binnen de IDS.

Helemaal juist, jammer dat het amendement De Jong,⁷⁸⁷ dat hier zo op lijkt, is ingetrokken.

De gemelde IDS-verordening is vastgesteld bijna drie jaren nadat Verstappen zijn oratie uitsprak. De verordening bevat geen bepaling zoals hiervoor sub 1 gemeld. Verstappen heeft gelijk dat het wel aan te bevelen ware geweest, maar ook dat bleek door de coulance en het vrij ongestoord groeien van de IDS-combinaties in het verleden, op dat moment een stap te ver. Het is te betreuren dat het niet in de verordening is opgenomen. De andere twee voorwaarden die Verstappen noemt, hebben wel min of meer een plaats in de verordening gevonden.

Door staaksgewijze opbouw hebben de notarissen de zeggenschap over de praktijkuitoefening binnen hun staak.⁷⁸⁸ Dat is dapper opgeschreven en laat aan duidelijkheid ook niets te wensen over, maar wat als de praktijkuitoefening in

⁷⁸⁵ Vademecum regelgeving notariaat 2010, toelichting bij artikel 5, eerste volzin.

⁷⁸⁶ Verstappen, L.C.A., *De Praktijcke van de Notaris* (inaugurele rede Groningen), 2000, *Ars Notarius* CVI, p. 23.

⁷⁸⁷ Deze opsomming vertoont, zoals ook Verstappen zelf opmerkt, in grote lijnen overeenkomst met het volgens hem ten onrechte ingetrokken amendement De Jong, Kamerstukken II 1997/98, nr. 21.

⁷⁸⁸ Artikel 3 Verordening interdisciplinaire samenwerking 2003.

de knel komt door te weinig personeel en de niet-notariële partners niet in een gewenste personeelsuitbreiding willen meegaan.⁷⁸⁹ De economisch sterkste partij, en dat zijn meestal niet de notarissen, zal daar toch indirect een grote invloed op kunnen hebben. De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris, hoe zeer ook al in Wna 1999 genoemd, worden in de IDS-verordening uitdrukkelijk herhaald, uitgewerkt en benadrukt.⁷⁸⁹ Hoe zeer ook schriftelijk vastgelegd, de economische verhoudingen binnen de samenwerkingsverbanden zouden wel eens de zeggenschap en de onafhankelijkheid van de notarissen over hun staak te zeer onder druk kunnen zetten en dat is een ongewenste ontwikkeling.

Het naar buiten optreden en daarmee de externe herkenbaarheid van het notariaat zijn eveneens geregeld.⁷⁹⁰

Mede onder druk van de recessie zijn ook de notariaten in verscheidene IDS-kantoren onder druk komen te staan, met uitstroom van notarissen tot gevolg. De recessie en de teruglopende winstgevendheid van grote delen van de notariële praktijk zullen daar mede debet aan zijn. De houdbaarheid van de notarissen binnen de interdisciplinaire samenwerkingen kan dan beperkt blijken zijn. De notaris kan dan op een voor hem slecht moment gedwongen worden naar een andere invulling van zijn ambt uit te kijken respectievelijk het vak te verlaten. Ook dat is een reden waarom het te betreuren is dat de eerste door Verstappen genoemde voorwaarde niet in enige regelgeving is omgezet.

Enige voorbeelden

Bij AKD hebben twee (kandidaat-)notarissen en tien juristen en overige medewerkers afscheid genomen.⁷⁹¹ Bij Nysingh advocaten en notarissen is de helft van de notariële partners vertrokken, vijf in totaal.⁷⁹² Ook een forse notariële aderlating bij Boekel de Nerée, waar in 2009 elf (kandidaat-)notarissen zijn vertrokken, terwijl er ook al kort daarvoor notarissen waren vertrokken.⁷⁹³ De advocaten-notarissencombinate Nord in Friesland is na een jaar uit elkaar gevallen.⁷⁹⁴ In Overijssel is er bij Kienhuis Hoving in de vastgoedsector geen werk meer voor achttien man

⁷⁸⁹ Artikel 4 van de verordening.

⁷⁹⁰ Artikel 8 en 9 van de verordening.

⁷⁹¹ Advocatie.nl, 23 september 2008: Een diepgaand verschil van inzicht over de autonomie van het notariaat, en hoe je dat dient te besturen. Een voorbeeld: de secretaresse van een notaris verricht veel meer ondersteunend werk dan de secretaresse van een advocaat; als de notaris van mening is dat zij daarom meer moet verdienen, dan is er een probleem.

⁷⁹² Advocatie.nl, 29 oktober 2008: het kantoor heeft aangegeven een nieuwe zakelijke koers te willen varen, waardoor er geen plek meer is voor notarissen die zich op de particuliere markt richten.

⁷⁹³ Advocatie.nl, 23 september 2009.

⁷⁹⁴ Friesch Dagblad 2 mei 2007: volgens directeur Veenstra lagen er bedrijfseconomische redenen achter de splitsing.

ondersteunend personeel.⁷⁹⁵ Inmiddels zijn daar ook een familierecht-notaris en een generalistisch werkende notaris vertrokken.⁷⁹⁶

Aan de andere kant worden er ook weer IDS-kantoren versterkt met nieuwe notarissen en dat is ook het geval bij de meeste van de genoemde kantoren, maar dat speelt zich vooral af in de andere nog wel profijtelijke hoek van het notariële ambtsgebied. En dat betreft vooral het ondernemingsrecht. Deze gegeven voorbeelden dienen om de sfeer en de trend aan te duiden, niet om volledig te willen zijn.

Concluderend kan gezegd worden dat het vooral daar misgaat waar de notarissen het klassieke notariaat (willen) blijven uitoefenen, wat niet betekent dat het rommelt in al die (al dan niet genoemde) IDS-combinaties. Bij tal van kantoren verloopt de samenwerking heel goed en wegen de synergievoordelen zeker tegen de nadelen op. Het vorenstaande betekent ook niet dat er geen spanningen in de pure notariskantoren voorkomen, maar die zullen veelal van een andere aard zijn. Het Duitse *Nur-notariat* heeft IDS verboden en bovendien samenwerkingen van notarissen tot een maximum van twee notarissen beperkt. Dat beperkt de mogelijke conflictstof aanzienlijk en verhoogt hier en daar de beroepsvreugde.

Relevant in dit verband is ook hetgeen Waaijer constateert: hij ziet problemen voor de notaris die in een door een advocaten-compagnon aangebrachte zaak te moeilijke vragen stelt of zelfs zijn dienst weigert. Excommunicatie zou volgens hem dan wel eens het gevolg kunnen zijn.⁷⁹⁷ Door het vrijwel altijd veel grotere aantal advocaten dan notarissen in de combinaties, zijn het de notarissen die moeite zouden kunnen hebben om aan de uitgangspunten van hun ambt zoals (nu nog) de full service en vooral de belangrijke onpartijdigheid en onafhankelijkheid te voldoen. Zij zullen er stellig alle moeite voor doen (althans voor die onpartijdigheid en onafhankelijkheid), maar het is een strijd die van tijd tot tijd in sommige kantoren kennelijk toch weer de kop opsteekt. Heel anders denkt Rosendaal daarover als hij schrijft: 'In mijn eigen kantoor met meer dan 250 advocaten heb ik nog nooit ook maar het begin gezien van wat zou kunnen worden aangeduid als onjuiste beïnvloeding.'⁷⁹⁸

Verstappen ziet als voordelen van de IDS enerzijds een betere uitwisseling van knowhow door betere samenwerking op vaktechnische terreinen, wat volgens hem leidt tot kwalitatief betere en gevarieerde dienstverlening, en wat ook de meerwaarde voor de cliënt vormt, evenals de one-stop-shopgedachte en anderzijds

795 Novocatie.nl, 28 mei 2009: de particuliere onroerendgoedsectie nooit meer zal worden zoals hij was. De crisis is de genadeklap ... Als groter kantoor kan men niet op tegen wat de directeur noemt het slechte ondernemerschap van veel notarissen, die elkaar kapot concurreren op prijs.

796 De laatste in Tubantia december 2010.

797 Waaijer, B.C.M., *De Notariswet* (Melis), 7e druk, Deventer: Kluwer 2003, p. 39. Waaijer is behalve hoogleraar en auteur van de *Notariswet*, ook praktizerend notaris in de IDS-combinatie Boekel de Nerée.

798 Rosendaal, F.D., *Notariaat in de steigers*, *Ars Notariatus* 133, p. 37. Rosendaal was notaris bij de Brauw Blackstone en Westbroek te Rotterdam.

een commerciële meerwaarde door kostenbesparing, grotere doelmatigheid en de mogelijkheid elkaar zaken te doen toekomen.⁷⁹⁹ Inderdaad zijn dat voordelen. Daar kan nog aan worden toegevoegd dat door de schaalgrootte, verbetering van de organisatie bijvoorbeeld op het gebied van humanresourcemanagement, administratie/boekhouding en automatisering beter mogelijk wordt en de kwetsbaarheid van de kantoren op die gebieden verminderd wordt.

Als voordeel in Nederland kan ook genoemd worden dat mede door de IDSverbanden in de veelvuldige contacten met Angelsaksische partijen en de gerichtheid van het *common law*-systeem op de advocatuur in plaats van op het in die landen onbekende Latijnse notariaat, juist door de samenwerking met de advocatuur de Nederlandse notarissen met hun specifieke vaardigheden en mogelijkheden hun aandeel in de werkzaamheden ruimschoots hebben kunnen meekrijgen. Daardoor hebben zij ook hun internationale contacten en specifieke vakkennis kunnen doorontwikkelen.

Verstappen vroeg zich (in het jaar 2000) af wat er zou gebeuren als de huizenmarkt zou instorten en de notariële omzetten zouden dalen en gaf aan benieuwd te zijn hoe sterk de IDS-combinaties dan zouden blijken te zijn.⁸⁰⁰ Inmiddels is niet alleen de huizenmarkt fors ingezakt, maar zijn bovendien de tarieven in de reguliere vastgoedmarkt heel fors gedaald. De familierechtpraktijk is dan wel een stabiele, positief resultaat genererende afdeling geworden bij veel *Nur-notar*-kantoren, maar het uurtarief dat in die praktijk gerekend kan worden, steekt schril af tegen de veel hogere tarieven die de advocaten in de grote IDS-kantoren overwegend hanteren. De exitgesprekken en dissociaties binnen de IDS-combinaties zijn, zoals we zagen, inderdaad wel op gang gekomen. Een aantal notarissen⁸⁰¹ is uitgestroomd en de concentratie op winstgevende praktijkonderdelen is verder toegenomen, de full service is in hetzelfde tempo afgenomen. De voormelde vraag uit 2000 is inmiddels door de ontwikkelingen wel beantwoord.

7.4.7. De ontwikkeling van de verruiming van de publiciteitsmogelijkheden

Inmiddels staan er borden van notarissen langs de sportvelden en was er zelfs een eredivisie voetbalteam (AZ) dat met de naam van een regionaal notariskantoor op de shirts voetbalde. Ook bestaan er florerende en acquirerende sites als www.degoedkoopstenotaris.nl.

799 Verstappen, L.C.A., *De Praktijcke van de Notaris* (inaugurele rede Groningen), 2000, *Ars Notarius* CVI, p. 19 en 20.

800 Verstappen, L.C.A., *De Praktijcke van de Notaris* (inaugurele rede Groningen), 2000, *Ars Notarius* CVI, p. 21.

801 Vooral diegenen die indertijd (later ongelukkigerwijs) het minder profijtelijke specialisme hadden gekozen of toegewezen hadden gekregen.

Maar toch: het gaat de NMa niet ver genoeg. De NMa heeft de verplichting tot objectieve reclame onderzocht⁸⁰² en de KNB verzocht om een beargumenteerde reactie te geven in hoeverre de objectiviteitseis in het kader van publiciteit c.q. reclame noodzakelijk moet worden geacht voor de goede uitoefening van het beroep van notaris.⁸⁰³ Opvallend hierbij is de omkering van de bewijslast. De KNB heeft aangegeven deze eis nader te zullen heroverwegen.⁸⁰⁴

In de zeventien onderzochte landen ligt het genuanceerd. Zo mag de aanduiding van het kantoor op de gevel in alle landen, behalve in Nederland, slechts zeer bescheiden zijn. In Oostenrijk en Frankrijk worden de kantoren vooral herkend aan het fraaie koperkleurige ovale schild. Vergelijk dat met de grote neonletters die af en toe voorkomen op Nederlandse notariskantoren. Ook in Duitsland is de mogelijkheid tot het bedrijven van publiciteit uiterst beperkt, zeker bij de *Nur*-notarissen. De *Anwalt*-notarissen hebben ook daar via de (sluiproute van de) advocatuur meer mogelijkheden. Individuele reclame is in negen van de zeventien landen toegestaan. De landen die het niet toestaan, motiveren dat door te stellen dat op basis van kwaliteit en niet vanwege de meeste/beste reclame voor een notaris moet worden gekozen.

Werkgroepen van de KNB hebben hun bestuur aanbevolen inzake de voorschriften ter zake van reclame, aansluiting te zoeken bij de Reclame Code Commissie⁸⁰⁵ respectievelijk de regels te versoepelen (werkgroep 1). Inmiddels heeft het bestuur van de KNB besloten het voorstel van de werkgroep over te nemen en om als branche aan te sluiten bij de Stichting Reclame Code.⁸⁰⁶ Op 23 juni 2010 heeft de ledenraad daarmee ingestemd. Voor specifieke branches, zoals ook het notariaat, kan een specifieke code worden toegevoegd. De regels over reclame in de Verordening beroeps- en gedragsregels komen te vervallen. In de plaats hiervoor komt een nieuwe verordening Reclame Code.⁸⁰⁷ Regels van tuchtrechtelijke aard, bijvoorbeeld inzake de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris, blijven buiten de reclamecode. Ook blijven offertes en declaraties aan individuele klanten buiten de Reclame Code. Voor het overige valt het notariaat dan onder het alge-

802 Tijdens het symposium van de stichting tot bevordering der notariële wetenschap gehouden op 5 november 2009, gaf mevr. mr. M. van Oers, namens de NMa aan, dat de NMa het als haar taak beschouwt om opvolging te geven aan het eerdere onderzoek van 2006. Daarom is een evaluatie aangekondigd van de uitkomsten van 2007; Oers, M. van, *Marktwerking in het notariaat: droom of nachtmerrie*, Ars Notarius 143, Deventer: Kluwer 2010, p. 80.

803 NMa-inventarisatie van de regelgeving van notarissen, maart 2006, vraag E.

804 Brief van de KNB van 18 mei 2006, 1603.5, antwoord op consultatievraag e, p. 14.

805 Werkgroep 1 KNB, voorjaar 2010, p. 12 en werkgroep II, voorjaar 2010 op p. 15.

806 De beleidsnotitie van het bestuur van de KNB van voorjaar 2010: In transitie, een beleidsrichting voor de komende tijd, p. 7 en 14.

807 Notariaat Magazine, editie 7-8, jaargang 10, p. 36.

mene gedeelte, zoals bijvoorbeeld de regel dat reclame niet in strijd mag zijn met de goede smaak en het fatsoen, de klachtenprocedure en de beroepsmogelijkheid.

7.4.8. De KNB als Orde na 1999 en de NBVN

Zoals we zagen is in België de nieuwe Notariswet eveneens in 1999 ingevoerd. Daar is ook inzake de beroepsorganisatie een andere keuze gemaakt. Daar is niet, zoals in Nederland, de bestaande beroepsvereniging tot publiek orgaan omgevormd, maar is naast de bestaande notariële beroepsvereniging de Federatie een nieuw instituut ingesteld, te weten de publiekrechtelijke Kamer van Notarissen. De Federatie is op de oude voet verder gegaan en mag de belangen van haar leden blijven behartigen en doet dat ook.

In Duitsland bestaat naast de publiekrechtelijke *Bundes Notar Kammer*,⁸⁰⁸ de privaatrechtelijke *Deutsche Notarverein*,⁸⁰⁹ waar uitsluitend de *Nur*-notarissen lid van zijn. België en Duitsland waren tot voor kort eigenlijk de enige landen waar twee volgroeide beroepsverenigingen met een algemene doelstelling naast elkaar bestaan. Maar vooral in België leidt de Federatie een heel actief bestaan.

In Nederland bestaan er naast de KNB ook meer verenigingen, maar tot mei 2010 alle met een meer specifieke doelstelling, zoals de specialistenverenigingen en de wat algemenere organisaties, zoals Netwerk en Formaat.⁸¹⁰ Sinds de zomer van 2009 is vooral de Nieuwe Stempel (Friesland) in het nieuws gekomen vanwege het streven naar het herinvoeren van enige tariefmaatregelen. Daarnaast is er een informele stroming (met als basis het Nijmeegse notariaat) die zich heeft gemanifesteerd met een open brief en een rede op de KNB jaarvergadering 2009.

De NBVN

Inmiddels heeft zich in mei 2010 de NBVN (Nederlandse Branche Vereniging Notariaat) gepresenteerd. Deze vereniging heeft als primaire doelstelling de behartiging van de belangen van notarissen, kandidaat-notarissen en medewerkers en bij te dragen aan een groeiend en structureel beter notariaat.⁸¹¹ Als afgeleide van de gemelde doelstelling noemt de NBVN verder:

- a. het bewerkstelligen van een structureel beter notariaat (bijvoorbeeld een beter imago);

808 BNotK, met de hoofdvestiging voorheen in Bonn en nu in Berlijn.

809 Deze vereniging is vooral heel actief geweest in de jaren direct na de val van de muur en heeft geholpen het notariaat in de voormalige DDR van staatsnotariaat om te bouwen naar een notariaat naar West-Duits model, dus daarmee naar het model van het Latijnse notariaat en dan met name naar het *Nur*-notariaat en niet het *Anwalt*-notariaat. Dat heeft er in geresulteerd dat op één na alle nieuwe (*neue Länder*) bondslanden hebben gekozen voor het systeem van het *Nur*-notariaat, te weten Berlijn. Voor de *Wende* kende West-Berlijn uitsluitend het *Anwalt*-notariaat, Oost-Berlijn heeft zich daar later bij aangesloten.

810 Met meer franchiseachtige marketing en knowhow-kenmerken.

811 Ontleend aan de site van de NBVN, www.nbvn.nl.

- b. een betere belangenbehartiging richting politiek en KNB;
- c. het oplossen van knelpunten zoals die door notarissen en kandidaat-notarissen worden ervaren;
- d. het verbeteren van regelgevingen en richtlijnen voor het notariaat;
- e. het gemeenschappelijk inkopen van diensten teneinde gemeenschappelijke schaalvoordelen te behalen.

Voorzitter is, evenals eerder van de Nieuwe Stempel, notaris Anna de Vries uit Friesland.⁸¹² Opvallend in de afgeleide doelstelling is dat onder doelstelling c niet de medewerkers worden genoemd, die toch ook lid kunnen worden en verder lijkt het noemen van de bevordering van bijvoorbeeld een beter imago, eerder een aparte doelstelling te zijn dan onderdeel van de doelstelling om een structureel beter notariaat te bewerkstelligen (doelstelling a). Een groot deel van de doelstellingen kan door de vereniging heel goed voor al haar leden worden behartigd. Daar waar het conflicterende belangen betreft in de loondienstverhoudingen kan zij dat beter niet tot haar taak gaan rekenen.

Positief geluid komt ook van de KNB-voorzitter Geertjan Sarneel, die in de NBVN een welkome aanvulling op de KNB ziet.⁸¹³ Ook binnen de NBVN zullen verschillende groepen leden zijn te onderscheiden die elk, net als binnen de KNB, verschillende en soms conflicterende belangen kunnen hebben.⁸¹⁴ Hetgeen zal betekenen dat ook de nieuwe vereniging op onderdelen zal moeten gaan kiezen en daarmee mogelijk niet voor iedere (kandidaat-)notaris aantrekkelijk zal blijken te zijn.

De KNB en haar leden

Met het verbod voor de KNB om aan belangenbehartiging van haar leden te doen, met haar verscherpte vervolgings- en handhavingsbeleid, als gemeld met als juridische grondslag de artikelen 96 en 99 Wna, het als onderaannemer van het BFT bevorderen en controleren van de Wwft-verplichtingen en straks met de eigenstandige kwaliteitstoetsing van haar leden, zal zij daarmee niet alleen maar vrienden maken. Een verwijdering van de KNB van haar leden kan het gevolg zijn. Het bestuur van de KNB onderkent dat ook, als zij schrijft dat 'de KNB voor het gevoel van de leden een staatsorgaan is geworden, op grote afstand'.⁸¹⁵ De KNB moet inderdaad voor haar publieke taak staan en een goed en zuiver notariaat bevorderen en de naleving van haar regels bevorderen.

⁸¹² Twee gezichtsbepalende notarissen, de NBVN-voorzitter en de KNB-voorzitter zijn anno 2010/2011 respectievelijk notaris in Friesland en Zeeland.

⁸¹³ Notariaat Magazine, editie 7-8, jaargang 10, p. 13.

⁸¹⁴ Zoals bijvoorbeeld grote en kleine kantoren, interdisciplinaire en *Nur-notar*-kantoren, platte-lands- en stedelijke kantoren.

⁸¹⁵ De beleidsnotitie van het bestuur van de KNB van voorjaar 2010: In transitie, een beleidsrichting voor de komende tijd, p. 8.

Daarnaast is de KNB dan wel een publiek orgaan, maar heeft zij wel een democratische structuur. Ook die structuur kan tot spanning tussen leden en beroepsorganisatie leiden. De KNB heeft keuzes moeten maken en zal dat moeten blijven doen en alleen al om die reden altijd wel een bepaalde groep leden tegen de haren in strijken.⁸¹⁶

Beperkte communicatie wordt vaak aangevoerd als de oorzaak van onvrede.⁸¹⁷ Maar juist de verschillende inzichten, vooral inzake tarieven, vormen een niet onaanzienlijke bron van ongenoegen. De KNB heeft kansen laten liggen om meer fundamenteel standpunten in te nemen inzake bepaalde aspecten van de marktwerking.

De KNB had bijvoorbeeld krachtiger stelling kunnen nemen in 2010 in haar rapport 'In transitie'. Ook Lekkerkerker⁸¹⁸ heeft in zijn aandeel in het pre-advies KNB 2010 volstaan met op te merken: 'Het is nu eenmaal een gegeven.' Een fout regeringsbeleid (waarover hierna meer) moet niet als vertrekpunt van KNB-beleid worden genomen, maar moet beargumenteerd worden bestreden. Bestuur en de grote meerderheid van de leden lijken daarover toch wel verschillende opvattingen te hebben. Dat gegeven kan mede een voedingsbodem hebben gevormd om tot de oprichting van de NBVN te komen en voor (kandidaat-)notarissen om daar lid van te worden.

7.4.9. De tariefontwikkeling na één oktober 1999

7.4.9.1. Eindrapport van de monitorcommissie

In het toch wel politiek gedreven eindrapport van de commissie monitoring notariaat van februari 2003 werd geconcludeerd⁸¹⁹ dat de overgang van vaste naar vrije tarieven op de hoofdpunten kwaliteit, bedrijfsvoering, continuïteit en toegankelijkheid positief was verlopen. Daarnaast gaf de commissie expliciet als haar

816 Werkgroep 1 KNB, voorjaar 2010, geeft op p. 17 en 18 aan dat er bij vele leden sprake lijkt te zijn van algehele onvrede. De werkgroep acht het wenselijk dat het bestuur van de KNB haar leden duidelijk maakt waar haar grenzen als orde liggen en wat zij binnen haar mogelijkheden aan activiteiten verricht.

817 Zo ook het bestuur van de KNB in haar beleidsnotitie van voorjaar 2010: *In Transitie*, een beleidsrichting voor de komende tijd, p. 8.

818 Weliswaar op persoonlijke titel geschreven. Stellig de oprechte bedoeling van de auteur, maar te denken dat de leden dat als volstrekt privé beschouwen van haar voornaamste beleidsbepaler door de jaren heen, met opvolgende besturen en een langer zittende directeur, lijkt een illusie. Naar mijn mening is dat overigens geen bezwaar. Het is wel moedig voor een directeur van de KNB om zich zo in de kaart te laten kijken. Met die open kaart kan men het vervolgens eens of oneens zijn, maar het heeft de discussie aangeslingerd en dat is een goed en mogelijk ook beoogd gevolg.

819 Monitorcommissie, *Eindrapport van de Commissie Monitoring Notariaat, periode 1999-2003*, Den Haag, februari 2003, commissie ingesteld bij Besluit van 18 oktober 1999, Stcrt. 1999, nr. 206, p. 21.

mening te kennen dat de onroerendgoedtarieven na afloop van de overgangsperiode geheel vrij konden worden gelaten. Ook stelde de commissie dat er naar haar mening ruimte was voor verdere substantiële tariefverlagingen in de onroerendgoedpraktijk. Mede op basis daarvan is door de regering tot volledige vrijlating van de tarieven besloten.

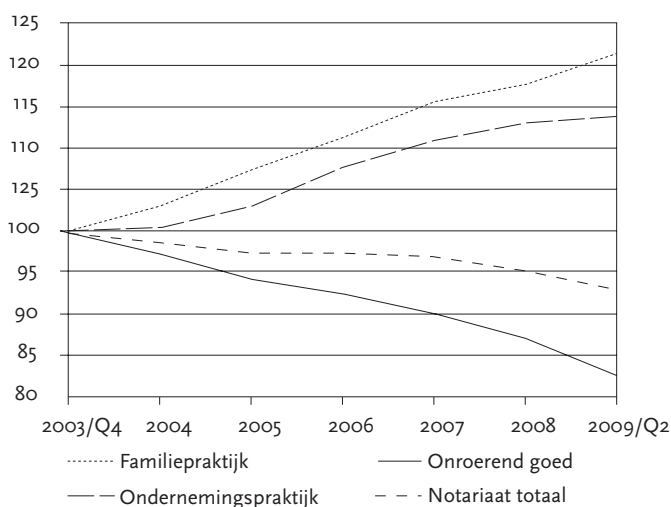
7.4.9.2. De ontwikkeling van de notariële tarieven, na de vrijlating in 2003

De volgende aan het CBS ontleende grafieken⁸²⁰ maken duidelijk hoe de tarieven zich daarna verder ontwikkeld hebben.

Schema betreffende de ontwikkeling van de notariële tarieven

Ontwikkeling prijsindexcijfer notariaat uitgesplitst naar vakgebied

(2003/Q4 = 100) (2003/Q4-2009/Q2)



Bron: CBS.

De tarieven in de familiepraktijk zijn stevig gestegen. In de onroerendgoedpraktijk zijn de tarieven ongeveer in dezelfde mate gedaald. Aan de cross-subsidie tussen die beide vakgebieden is daarmee duidelijk een eind gekomen. R. van den Bergh gaf aan dat de deregulering van tarieven de notariële leges in de profijtelijke markt zal doen dalen en de prijs in de voorheen cross-gesubsidieerde markt doen stijgen. En dat is precies wat er in Nederland is gebeurd.⁸²¹

⁸²⁰ En aan de voordracht van B. Baarsma van 5 november 2009 voor de stichting tot bevordering der Notariële wetenschap, Baarsma, Kroonverjaardag marktwerking in het notariaat: Tijd voor een feestje?, Ars Notariatus 143, Deventer: Kluwer.

⁸²¹ Aldus ook R. van den Bergh tijdens het eerste congres van de Europese Latijnse notarissen, op 10 en 11 november 2005 in Rome.

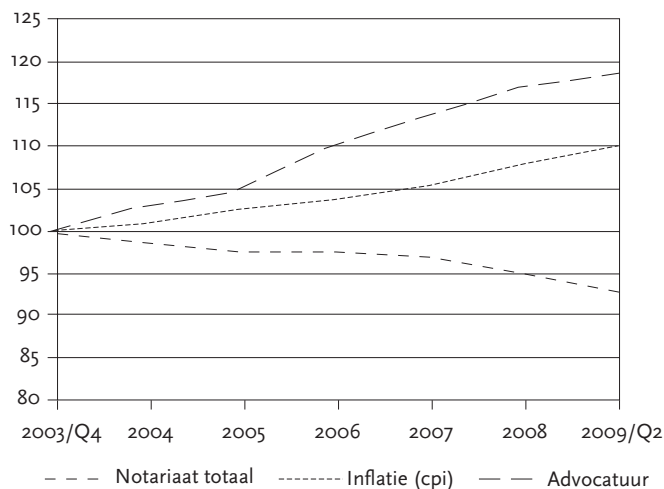
De ondernemingspraktijk is een onderdeel dat qua behandeltechniek waarschijnlijk in grote lijnen de meeste overeenkomst vertoont met de manier van werken in de advocatuur. Zowel in de familiepraktijk als in de ondernemingspraktijk wordt meer en meer naar tijdsbeslag gerekend, zoals ook in de advocatuur gebruikelijk is. Daarom ook vertonen de stijgingscurven in de advocatuur en in het notariaat in die beide praktijkonderdelen veel overeenkomst (zie het volgende schema).

Gemiddeld zijn de tarieven in het notariaat gedaald. Door het veel grotere volume aan onroerendgoedtransacties tellen de tariefdalingen in die sector veel meer door in de kantoorresultaten dan de stijgingen in de familie- en ondernemingspraktijk. Voor het gehele notariaat zijn de tarieven aanmerkelijk gedaald, zoals dat ook blijkt uit de curve voor het notariaat totaal en zijn de consumenten er in totaal qua notariële kosten op vooruitgegaan.

7.4.9.3. *Schema van de tariefontwikkelingen in het notariaat tegenover de advocatuur*

In reële termen dalen de tarieven en daarmee de omzet/opbrengst in het notariaat, maar stijgen ze in de advocatuur.⁸²² Uit de volgende grafiek blijkt ook dat zelfs bij gelijkblijvende tarieven de opbrengst voor de notarissen door de inflatie achter uit zou zijn gegaan.

Hierna worden de ontwikkeling van het prijsindexcijfer notariaat afgezet tegen inflatie en advocatuur (2003/Q4 = 100) (2003/Q4-2009/Q2).



Bron: CBS.

⁸²² Zoals eerder opgemerkt een verschijnsel dat niet vreemd zal zijn aan de uitstroom van notarissen bij IDS-kantoren. Vgl. ook nog Nauta Dutilh. De uitgave *Stand van het notariaat* is in 2008 voor het laatst verschenen, zodat die bron niet meer actueel is te raadplegen. Nauta Dutilh is als zodanig nog gemeld in de *stand van het notariaat* uit 2008. *Stand van het Notariaat 2008*, Amsterdam: KSU uitgeverij 2008.

Voor de advocatuur zijn door het werken op uurbasis minder prijsvergelijkende sites voorhanden. Door de wellicht grotere concentratie op de beter renderende vakgebieden heeft de advocatuur een profijtelijker ontwikkeling doorgemaakt dan het notariaat, hetgeen mogelijk is, doordat een full-serviceverplichting zoals die bij het notariaat bestaat, in de advocatuur ontbreekt. Bovendien wordt er bij de beoordeling van de diensten van de advocaat minder dan bij veel standaardmatige notariële diensten van uitgegaan dat elke dienst het gelijke kwaliteitsniveau heeft. Zo zal men voor de (verondersteld) betere advocaat meer willen betalen.

7.4.9.4. *Effecten van de afschaffing van de cross-subsidie*

De afschaffing van de cross-subsidie heeft sociaal gezien nogal wat nadelen. De mensen met een kleine beurs gaan niet meer met een goedkopere akte de deur uit. Die betalen juist wat meer en de mensen met een grote beurs betalen voor de grote transacties veel minder. De notaris was gewend verschillende categoriën akten tegen lage tarieven, respectievelijk pro deo te verrichten. Niet commerciële verenigingen konden op een coulante of zelfs gratis behandeling rekenen, minvermogenden hoefden veelal niet naar de president van de rechtbank om korting of kwijtschelding te krijgen, dat gebeurde toch wel. Op de onroerendgoedakten met een hoge koopsom werd dat wel goed gemaakt en aan het eind van het jaar had de notaris daardoor toch voldoende verdiend. Het kon allemaal en het gebeurde allemaal.

Kleine grondruilingen zijn nu duurder geworden en gebeuren daarom vaker onderhands buiten de notaris en het kadaster om en vervuilen daardoor het kadaster. Niet langer blijken alle eigendomsverhoudingen uit het kadaster. Het zal vaker alleen thuis in onderhandse akten vastliggen of, erger nog, vaak zal alleen maar het hek worden verplaatst en niets worden vastgelegd. Ook voor de mensen met een kleine beurs zijn het testament, het samenlevingscontract, de huwelijksvoorwaarden en de verklaring van erfrecht duurder geworden. Die prijsverhoging kan een reden zijn om er dan maar vanaf te zien. Nederland is daarmee als vrijwel enige land in Europa een goed deel van het sociale element in de notariële dienstverlening door ingrijpen van de politiek bewust kwijtgeraakt. Elders in Europa bestaat het via de cross-subsidie nog wel, zoals in Duitsland de vermelde € 20 voor een verklaring van erfrecht met betrekking tot een gering belang.

7.4.9.5. *Schema betreffende de notariële tarieven in bedragen*

Hoe hebben de prijzen zich vanaf 1999 tot 2009 ontwikkeld? Daartoe is hierna een aantal, vaak in samenhang gepasseerde akten in een mandje samengebracht en vergeleken.

Het betreft een mandje van de volgende notariële akten:⁸²³ de overdracht van een huis met aanbehoren, met een koopsom van € 250.000 en een hypotheekakte van eveneens € 250.000, voor twee samenwoners met daarbij een samenlevingscontract en twee identieke testamenten.

	In september 1999	In januari 2007	Laagste oktober 2009
a. Samenlevingsovereenkomst	€ 238	€ 363	€ 166
b. Twee identieke testamenten	€ 190	€ 362	€ 1.620
het totaal van a en b samen	€ 428	€ 725	€ 328
c. Combinatietarief voor een samenlevingsovereenkomst en twee identieke testamenten	€ 364	€ 544	€ 328
d. Combinatietarief voor de overdrachts- en hypotheekakte	€ 1.827	€ 1.144	€ 376
Totaal van c en d	€ 2.224	€ 1.788	€ 704

Alle prijzen zijn exclusief btw. Inflatie is in de vergelijking niet meegerekend.

- september 1999: vaste tarieven;
- januari 2007: gemiddelde tarieven;
- oktober 2009 (derde kolom): het laagste tarief volgens www.degoedkoopstenotaris.nl.

We zien een enorm verschil tussen de voormalige vaste, gemiddelde en in najaar 2009 de allerlaagste tarieven. De tweede en derde kolom zijn niet een-op-een te vergelijken. Ter illustratie van wat er in extreme zin in de markt gebeurt, zijn in de derde kolom de laagste tarieven, volgens de site www.degoedkoopstenotaris.nl aangegeven. Bij de allergeodkoopste notaris is iedereen voor vrijwel alles goedkoper uit en daar heeft het wegvallen van de cross-subsidie per saldo voor niemand nadeel gebracht, maar voor iedereen aanzienlijk tariefmatig voordeel.

7.4.9.6. Algemene veranderingen naar aanleiding van de vrije tarieven

De Wna van 1999 heeft veel zaken beter en meer in de tijd passend geregeld. Er is geïnnoveerd: knowhow-, marketing- en netwerkorganisaties zijn ontstaan, specialistenverenigingen hebben zich ontwikkeld, de IT-mogelijkheden zijn op veel grotere schaal toegepast, de notaris is echt meer op het puntje van de stoel gekomen, de geplande voordelen door schaalvergroting zijn behaald en overigens in veel gevallen door defusie ook weer ingeleverd, de notarissen zijn kostenbewuster en daarmee ook efficiënter gaan werken en leken, althans ten tijde van Hammerstein, klantvriendelijker te opereren.

⁸²³ Met uitzondering van de laatste kolom, ontleend aan mijn bijdrage aan het in opdracht van de EC opgestelde rapport: ZERP (Zentrum für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen) e.a., Summary of the comparative legal and economic study into the EU conveyancing services Market, december 2007, Comp/2006/D3/003. De laatste kolom is ontleend aan de site [www.de goedkoopstenotaris.nl](http://www.degoedkoopstenotaris.nl).

Maar er zijn ook nadelen: de tarieven zijn over de hele linie vrij, door lage tarieven zullen meer akten worden aangetrokken, maar de keerzijde is dat een aantal kantoren (vaak niet de minste en ook niet uitsluitend de IDS-verbanden) niet onder een bepaalde prijs offreert en daarmee dus willens en wetens een bepaalde tak van werkzaamheden afstoot.⁸²⁴ Dat ondanks de nog steeds (formeel) bestaande ministerieplicht, die door de vrijheid om tarieven ook (veel) hoger vast te stellen, feitelijk voor een aantal kantoren tot een dode letter is geworden. Maar ook dat is markt, ieder mag zijn eigen prijs bepalen, zij het maar binnen redelijke grenzen. Zolang het maar geen onttrekken aan de ministerieplicht wordt, door het vragen van onredelijk hoge tarieven. Huijgen en Pleysier merken op dat ook al onder de oude wet sommige kantoren het wat dan wel genoemd werd kruimelwerk met zachte drang naar een ander kantoor probeerden te sturen.⁸²⁵

Effect van de vrije tarieven is wel dat die beweging van doorsturen door middel van schrikstarieven voor die kantoren gemakkelijker is geworden en daarmee meer capabele aanbieders van notariële diensten vanwege de lage prijsstelling, uit bepaalde marktsegmenten zijn verdwenen. Dit wegvallen van vaak kwalitatief hoogwaardige aanbieders is door de wetgever stellig niet beoogd; het aantal aanbieders zou immers juist moeten worden verhoogd.

Een ander effect van de vrije tarieven is als er nu sprake is van een recessie, dat dan de vastgoedpraktijk in zijn totaliteit terugloopt, maar dat de familiepraktijk, anders dan in de jaren tachtig, nu wel bijdraagt aan de kantoorwinst. Dat komt doordat daar in het algemeen met kostendekkende en inmiddels wel winstgevende tarieven wordt gewerkt. Dat is een verschijnsel waarover door notarissen niet gerept wordt en dat bij de jongere (kandidaat-)notarissen wellicht ook niet bekend is, maar het compenseert in de recente recessie wel enigszins de op zich enorme terugval. Ook het ondernemingsrecht is conjunctuurgevoelig en heeft van de recessie te lijden. Het familierecht is daarmee juist door de marktwerking en de daarmee gepaard gaande tariefverbetering wellicht het enige stabiele praktijkdeel, ook in economisch slechte tijden. De familiepraktijk zou, naast het grote maatschappelijke belang voor de samenleving, ook uit economische overwegingen voor het kantoor, meer blijvende aandacht van de notariskantoren verdienen.

7.4.10. *Het buitenland over de Wna 1999*

Het resultaat van de wetwijzigingen maakte grote indruk in het buitenland en werd als bedreigend ervaren voor hun eigen notariaat. De KNB heeft voortdurend het wel zeer negatief gekleurde beeld en de brede verontrusting trachten

824 Een groot en goed kantoor dat ten gevolge van de recessie gedwongen was achttien ondersteunende personeelsleden in de onroerendgoedsector te ontslaan en daarbij in het persbulletin aangaf in die sector niet te zullen terugkeren, novotatie bericht van 28 mei 2009.

825 Huijgen, W.G. en Pleysier, A.J.H., De wetgeving op het notarisambt, *Ars Notariatus* C, 2001, p. 124.

te relativeren en heeft daarbij vooral gewezen op ook de goede aspecten van de gewijzigde regelgeving. Er waren immers verscheidene wetswijzigingen die de rechtszekerheid juist extra borgden en in het algemeen beter in de tijd pasten. Maar de aandacht en de zorg betrof met name de afgeschafte *numerus clausus* en vooral de vrije tarieven. Dat sprak zeer tot de verbeelding, hoe zeer ook de effecten van de afschaffing van de *numerus clausus* kunnen worden gerelativeerd. De buitenlandse zorg werd alleen maar groter met het aantreden van Nederlanders in de Europese Commissie op ter zake relevante posten: eerst Bolkestein en daarna Kroes. Bolkestein staat bekend om zijn door de CNUE met succes bestreden dienstenrichtlijn en Kroes staat bekend als stevig opererende antitrustcommissaris. Twee commissarissen die het beeld van het toch wel heel liberale en marktgedreven Nederland alleen maar bevestigden. Bovendien prees de Europese Commissie het Nederlandse notariaat op het ene na het andere congres⁸²⁶ als de beste van de marktklas.

Een en ander had tot gevolg dat met een enkele uitzondering de KNB in het buitenlandse notariaat toch vooral met scepsis werd tegemoetgetreden, doodsbang dat de Hollanditis over zou slaan. Inmiddels trekt die vrees wat weg, nu duidelijk is geworden dat Brussel weliswaar bevordering van marktwerking ook in het notariaat stimuleert, maar de lidstaten toch vrijlaat in de (al dan niet) invulling daarvan. De lidstaten volgen Brussel vooralsnog niet al te gewillig. De kentering blijkt ook uit de zaak van de Commissie tegen een aantal EU-landen bij het HvJ EU inzake de nationaliteitseis, zie hiervoor het Eerste Luik. De Commissie kan ook weinig anders waar het de notariële voorschriften overheidsregelingen betreffen. Overigens heeft het HvJ EU daar in Wouters ook duidelijk richting aan gegeven. Het Hof heeft immers bepaald dat er rekening mag worden gehouden met de wijze waarop de professie (dus ook het notariaat) in de desbetreffende lidstaat is georganiseerd ter verzekering van de goede uitoefening van het vak.⁸²⁷

7.4.11. *Reacties in Nederland op de veranderingen*

In Nederland daarentegen moest de KNB juist de deontologie verdedigen tegenover al diegenen die een en al argwaan waren ten opzichte van het notariaat en steeds meer markt wilden toevoegen. De beroepsgroep stond immers bekend om

826 O.m. Journee Europeenne de la concurrence, 3 mei in Luxemburg, met o.m. Neelie Kroes en voor het succesvolle Nederland met haar ingrijpende marktbevorderende regelgeving in het notariaat, mw. Madeleine McLaggan, adjunct D-G van de NMa; Better regulation of professional services, 21 november 2000 in Brussel, met ook weer Neelie Kroes en voor Nederland Marc Hamelers, directeur mededinging van het ministerie van Economische Zaken en adviserend lid van de commissie-Hammerstein; en The economic case for professional services reform, ook weer in Brussel, 13 december 2006, wederom was het in marktperspectief succesvolle Nederland vertegenwoordigd, nu door dr. Barbara Baarsma, toen hoofd (inmiddels directeur) Marktwerking en Regulering van SEO.

827 Zaak C-309/99 (Wouters), r.o. 107.

zijn jarenlange intensieve en in de ogen van velen te succesvolle lobby. Daar moest een rem op komen. Het was kennelijk niet voorstelbaar dat diezelfde beroepsgroep, na al dat verzet in de wetsontwerpfase, nu gezagsgetrouw de wet zou gaan implementeren. De houding die KNB en notarissen na de invoering van de wet buiten de beroepsgroep ontmoetten, was om wanhopig van te worden. Voortdurend argwaan, steeds weer voorstellen om nog meer marktwerking toe te voegen. Het ondernemingsplan moest van tafel, de KNB moest openstaan voor een discussie over de monopolies,⁸²⁸ de testamenten en huwelijksvoorwaarden⁸²⁹ konden wel onderhands en de verklaring van erfrecht was niet meer nodig.⁸³⁰

De keerzijde van de toegenomen marktwerking en de beoogde tariefverlagingen, de fors gestegen familierechtstarieven, leidden tot veel kritiek. De kritiek kwam bijvoorbeeld van de Consumentenbond,⁸³¹ van het ministerie van Justitie⁸³² en van de monitorcommissie,⁸³³ maar die hogere familierechtstarieven waren nou juist rechtstreeks het gevolg van de door overheid en ook door instanties als de consumentenbond gewenste marktwerking, met name door middel van vrije tarieven.

In Nederland stond het notariaat voor de taak een verdedigingslinie op te stellen tegen al die plannen om de marktwerking nog verder te bevorderen. De overgebleven deontologie moest worden verdedigd. Eerst rust krijgen en wachten tot het stof enigszins was neergedaald.

Nederland had een ingrijpende wijziging van de Wna tot stand gebracht, verouderde regels waren aan de tijd aangepast en de te hoge inkomens aangepakt door middel van de invoering van vrije tarieven. Maar of dat alles onderdeel was van een weldoordacht plan om een goede prijs/kwaliteitverhouding tot stand te brengen en of het Amsterdamse Gerechtshof er dan zo naast zat toen zij uitsprak dat aan de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de notaris afbreuk kan worden

828 O.m. Monitorcommissie, Eindrapport van de Commissie Monitoring Notariaat, periode 1999-2003, Den Haag, februari 2003, commissie ingesteld bij besluit van 18 oktober 1999, Stcrt. 1999, nr. 206 en Notariaat Magazine, april 2005, p. 20 e.v.

829 O.m. SEO-rapport nr. 765, Rechtszekerheid als publiek belang, Over de notaris, zijn domein en de markt, Amsterdam, oktober 2004, kernpunt 1.

830 Inmiddels heeft de minister van Financiën op 2 juli 2009 in schriftelijk antwoord op Kamervragen van de Kamerleden Blanksma-van den Heuvel en van Vroonhoven-Kok, gesteld dat er met name sinds de invoering van het nieuwe erfrecht in 2003 in veel gevallen geen verklaring van erfrecht meer nodig is en verzoekt banken daarnaar te handelen en heeft de banken verzocht één lijn te trekken (kenmerk FM/2009/1109 M). Inmiddels hebben banken aangegeven wel aan een verklaring van erfrecht te hechten.

831 Notariaat Magazine, maart 2003.

832 De staatssecretaris Ella Kalsbeek in gesprek met de toenmalige KNB-voorzitter Hans Tromp en de inkomende voorzitter Dolf Plaggemars, dreigde met draconische maatregelen als de KNB niet zou zorgen dat de familierechtstarieven zouden dalen.

833 Met name in haar eerste rapport van 2001 en in mindere mate in het Eindrapport over de periode 1999-2003 uitgebracht in februari 2003; zie ook Notariaat Magazine van februari 2003, p. 11 e.v.

gedaan als de cliënt de hoogte van het tarief kan beïnvloeden⁸³⁴ en of Kamerleden dan zo ongelijk hadden in het uiten van hun zorg,⁸³⁵ dat valt te betwijfelen.

7.4.12. *De Monitorcommissie*

Het algemene denken (buiten het notariaat) na 1 oktober 1999 kwam het beste tot uiting in het advies van de monitorcommissie in januari 2003:⁸³⁶

1. de resultaten van de marktwerking zijn gunstig, de overgang van vaste naar vrije tarieven is op de hoofdpunten kwaliteit, bedrijfsvoering, continuïteit en toegankelijkheid positief verlopen;
2. tarieven kunnen derhalve helemaal worden vrijgelaten;
3. de notaris moet in loondienst kunnen komen van zowel notarissen als derden, niet-notarissen dus (aanbeveling 3);
4. de zes jaar stage kan wel naar drie jaar (aanbeveling 2);
5. het ondernemingsplan afschaffen en vervangen door de eerste drie jaren op de startende notaris een verscherpt (financieel) toezicht uit te oefenen (aanbeveling 1);
6. de ministerieplicht moet zodanig gewijzigd worden dat zelfstandige (gespecialiseerde) praktijkvormen (in loondienst) kunnen worden uitgeoefend (aanbeveling 4);
7. er moet een systeem van intercollegiale toetsing komen en er moet worden onderzocht in hoeverre een afzonderlijke inspectie controle op de naleving van de gedragsregels zou kunnen coördineren (aanbeveling 6).

Het was duidelijk dat de marktwerkingsstrategie nog steeds aan gewicht won en ook in het notariaat nog verder moest worden gestimuleerd.

⁸³⁴ Hof Amsterdam 19 januari 1995, nr. R381/94.

⁸³⁵ Heyman, H., WPNR 99/6363, p. 488: In de Eerste Kamer werd het ten slotte volstrekt duidelijk dat de regering er niet in is geslaagd om de Kamer ervan te overtuigen dat vrijlating van de tarieven geen negatieve – laat staan positieve – effecten zal hebben op de kwaliteit, waaronder met name de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notariële dienstverlening. In hetzelfde artikel worden verschillende Kamerleden geciteerd: mevrouw Vriesekoop van de liberale D66 vroeg om goede overgangsmaatregelen, omdat haar partij hecht aan het Latijnse notariaat en alle kenmerken daarvan, zoals de onafhankelijkheid, de onpartijdigheid en de continuïteit. Mevrouw Le Poole van de PvdA sprak van een voorbeeld van een doorgeslagen geloof in de zegeningen van de markt. Ook de heer Heine Makkreel van die andere liberale partij de VVD verklaarde zich allerminst overtuigd van het heil van meer marktwerking in het notariaat en gaf even later aan over de antwoorden van de bewindslieden dat er een hoogst apodictisch karakter in zit. In wezen hebben de bewindslieden ons er van overtuigd dat zij ervan overtuigd zijn dat deze wet goed gaat werken.

⁸³⁶ Monitorcommissie, Eindrapport van de Commissie Monitoring Notariaat, periode 1999-2003, Den Haag, februari 2003, commissie ingesteld bij besluit van 18 oktober 1999. De commissie had, naast niet bruikbare aanbevelingen, ook een aantal overwegingen die wel degelijk bruikbare adviezen bevatte.

7.4.13. *Instelling van de commissie-Hammerstein*

Ruim een jaar later al,⁸³⁷ in de zomer van 2004, wordt de Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt⁸³⁸ ingesteld onder leiding van mr. A. Hammerstein. Weer een jaar later in september 2005 biedt de commissie-Hammerstein, onder de subtitel 'Het beste van twee werelden', al haar unanieme rapport aan. Het rapport-Hammerstein wordt beschouwd als een mijlpaal: eindelijk de erkenning van een rechtsstatelijk notariaat. Een rapport dat verbeteringen bevat en adviezen geeft waar samenleving en notariaat bij gebaat zijn, maar dat ook oog heeft voor de kernwaarden van het notariële ambt. Het geeft een knap inzicht in de materie, het analyseert zuiver en geeft aanbevelingen tot aanvullende (corrigerende) regelingen: regelingen die voor een groot deel door de opvolgende kabinetten zijn overgenomen en die veelal dan ook zijn opgenomen in het wetsontwerp tot wijziging van de Wna, het wetsontwerp dat in december 2009 aan de volksvertegenwoordiging is aangeboden en inmiddels door de Tweede Kamer is aangenomen.

7.4.13.1. *Ontwikkeling van de kwaliteit in de notariële dienstverlening*

Misschien wil de individuele cliënt weinig meer dan alleen het gekochte huis op zijn naam hebben. De rechtszekerheid ten behoeve van de koper en de samenleving als geheel eist meer, eist een nauwkeurige weergave van alles wat is afgesproken en opname van alle oude en nieuwe rechten die met het vastgoed te maken hebben. Zuivere informatie aan het kadaster is essentieel voor de blijvende kwaliteit van ons nationale grondboek. Volgens het bestuur van de KNB is de rechtszekerheid voor het publiek welhaast een vanzelfsprekendheid geworden.⁸³⁹ Dat zal zo zijn en dat imago is door het notariaat door goed werk zorgvuldig zo opgebouwd en verworven, maar werkt nu ook tegen. Er wordt van uitgegaan dat iedere notaris nog steeds die volledigheid levert. Maar het is de vraag of dat tegen de voortdurend lagere vergoedingen waargemaakt kan blijven worden. In de voortgaande prijzenslag gaan notarissen, om te kunnen meekomen, niet alleen efficiënter werken, maar mogelijk ook op het noodzakelijke onderzoek bezuinigen. De KNB schrijft in dezelfde notitie dat de meerwaarde juist voortkomt uit advisering die herkenbaar is. Ook daar zit, bij steeds lagere tarieven, juist het risico in van het achterwege laten of het minimaliseren van de *Belehrung* (Informatieplicht) en *Beratung* (enige vorm van advisering) aan cliënten.⁸⁴⁰

837 Het zegt wel iets dat al een jaar na het verschijnen van het eindrapport van de monitorcommissie een nieuwe evaluatiecommissie werd ingesteld.

838 Ingesteld bij besluit van de minister van Justitie van 9 juli 2004, Stcrt. 2004, nr. 137.

839 De beleidsnotitie van het bestuur van de KNB van voorjaar 2010: In transitie, een beleidsrichting voor de komende tijd, p. 10.

840 Hof Amsterdam 22 juli 2004, rekestnr. 170/2004, NOT, NM 2004/8. Spanning tussen enerzijds prijsconcurrentie d.m.v. tariefdifferentiatie (korting in geval van verschijnen middels volmacht en dus minder tijd 'kwijt' voor *Belehrung*) en informatieplicht. Dit arrest wordt ook wel aangeduid als 'Actus I'.

De Evaluatiecommissie (Hammerstein) heeft onderzoek gedaan naar de kwaliteit, onder meer via het kadaster en het centraal testamentenregister. Dat geeft geen verontrustende uitslagen, maar de commissie tekent erbij aan dat 'deze onderzoeken beperkt zijn gebleven tot eenvoudig kenbare ambachtelijke werkzaamheden'.⁸⁴¹ En dat is gebruikelijk, ook op laag niveau in de organisatie van het notariskantoor kunnen die ambachtelijke en eenvoudige registratiewerkzaamheden standaardmatig worden uitgevoerd en hoeft een laag tarief niet de oorzaak van veel fouten te zijn. Een grote zorg zit in de minderheid van de gevallen waar volgens de commissie specifieke deskundigheid is vereist. De commissie stelt ook dat als alleen de hoogte van het tarief de keuze van de consument zou bepalen, dat dan de notaris niet alleen gedwongen wordt om efficiënt te werken, maar dat dan ook het gevaar ontstaat dat de kwaliteit van de dienstverlening op een onaanvaardbaar laag niveau komt.⁸⁴² De commissie beveelt nader onderzoek door de minister van Justitie en de KNB aan op het terrein van al dan niet kwaliteitsverlies en verminderde integriteit. Dat is er jammer genoeg nog niet van gekomen. Verder constateert ook de commissie-Hammerstein dat de typisch notariële kant van de werkzaamheden (*Belehrung* en *Beratung*) wel onder druk van de concurrentie aan kwaliteitsverlies lijkt te lijden. En daar wil de KNB (terecht) nou juist de meerwaarde tot uiting laten komen. De evaluatiecommissie verstaat onder kwaliteit onder meer ook de naleving van essentiële beroepsvoorschriften inzake de ethiek van het ambt.⁸⁴³ Naleving van regels is inderdaad onderdeel van de kwaliteit en wellicht schuilt daar juist de bedreiging in. Het is voorstelbaar dat door de niet-naleving van bepaalde regels, zoals het voldoende controleren en raadplegen van eigendomsbewijzen en de diverse registers (kadaster, faillissementsregister, burgerlijke stand, enz.) de desbetreffende notaris zich in de kostenbesparing een voorsprong verschaft op zijn collega's die de regels wel naleven. Dat is uit concurrentie- en kostenoverwegingen begrijpelijk, maar het gaat wel ten koste van de kwaliteit van de geboden dienstverlening.

De bevindingen van Laclé e.a. naar de ontwikkeling van de ethiek in het notariaat geven aan dat de beroepsgroep moeite heeft in alle opzichten aan de gangbare maatstaven te blijven voldoen.⁸⁴⁴ Verstappen stelt dat de markt in de notariële dienstverlening faalt, omdat notarissen immers alleen op prijs kunnen concur-

841 P. 36 van het rapport en volgens de commissie-Hammerstein omvatten die betrekkelijk eenvoudige werkzaamheden circa 90% van de consumptieve onroerendgoedpraktijk. Deze aanvulling in Hammerstein is door de staatssecretaris niet genoemd, wordt eigenlijk nooit genoemd, maar staat er wel.

842 Hammerstein, A., Rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het Notarisambt, Het beste van twee werelden, september 2005, p. 36.

843 Hammerstein, A., Rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het Notarisambt, Het beste van twee werelden, september 2005, p. 20 en 21.

844 Laclé, Z.D. e.a., Naar een robuust notarieel normbesef. Position paper bij de werkconferentie Eerste Trendrapportage Notariaat, Universiteit Leiden, 4 november 2004.

ren. Dat heeft volgens hem tot gevolg dat de kwalitatieve aspecten op termijn het onderspit delven. Hij noemt het een neerwaartse spiraal.⁸⁴⁵ Het SEO-rapport (ook door Verstappen aangehaald) vermeldt dat als de kwaliteit niet boven een nader te bepalen niveau van transparantie uitkomt, het onverstandig is om de tarieven van de wettelijke taken vrij te laten en dat dan tariefregulering aan de orde is.⁸⁴⁶

Het EIM stelt in haar rapportage ten behoeve van de commissie-Hammerstein dat de toegenomen prijsconcurrentie tot gevolg kan hebben dat kantoren worden gedwongen hun efficiëntie ver op te voeren. De kans is aanwezig dat er fouten ontstaan in akten als gevolg van te grote werkdruk of haast.⁸⁴⁷

Gevraagd naar de wijze waarop notarissen in de praktijk invulling geven aan de dilemma's tussen de notariële taakuitoefening en de marktwerking, gaven de meeste respondenten aan dat notarissen steeds meer gericht zijn op het behalen van een zo hoog mogelijke omzet ten koste van de kwaliteit.⁸⁴⁸

De trendrapportage notariaat 2006⁸⁴⁹ stelt dat er geen concrete aanwijzingen zijn dat in het notariaat sprake is van een kwaliteitsverlies dat aan marktwerking is toe te schrijven. Wel blijkt, aldus het WODC in die rapportage, dat de controle van de notarissen bij de aanvraag van hypotheek en de overdracht van onroerende zaken soms tekortschiet en ook bij de controle van de kwaliteitsrekening wordt het gedrag van sommige notarissen als nalatig en slordig getypeerd.

Het HvJ EU stelt in Cipolla en gevoegde zaken:⁸⁵⁰ 'Een tariefregeling die minimumhonoraria voorschrijft, belet de leden van de beroepsgroep niet, diensten te leveren van matige kwaliteit, maar bij voorbaat valt niet uit te sluiten dat met deze tariefregeling kan worden voorkomen dat advocaten (...) worden gestimuleerd om te concurreren door middel van het aanbieden van diensten onder de prijs, met het risico dat de kwaliteit van de geleverde diensten achteruit gaat.'

Het Centraal Planbureau⁸⁵¹ stelt dat het lijkt alsof de liberalisering van het notarisambt gepaard is gegaan met enige vermindering van de kwaliteit die niet door klanten waar te nemen is. Het bureau merkt verder op dat de concurrentie niet is toegenomen⁸⁵² en dat het daarom niet te begrijpen is waardoor deze ver-

845 Verstappen, L.C.A., Meer marktwerking in het notariaat? Een heilloze weg!, WPNR 2005, 6645, 3 december 2005, p. 947.

846 Baarsma, B., Mulder, J. en Teulings, C., SEO-rapport nr. 765, Rechtszekerheid als publiek belang, Over de notaris, zijn domein en de markt, Amsterdam, oktober 2004, p. 73.

847 Bijlage 2 van het rapport-Hammerstein, rapport EIM: Prijsconcurrentie in het notariaat, p. 91.

848 Hammerstein, A., Rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het Notarisambt, Het beste van twee werelden, september 2005, p. 21.

849 Naar een robuust notarieel normbesef. Position paper bij de werkconferentie Eerste Trendrapportage Notariaat, Universiteit Leiden, 4 november 2004, § 5.3, p. 71.

850 Zaken C-94/04 en C-204/04 (Cipolla), r.o. 67.

851 Visie op de marktwerking in het notariaat van 16 mei 2006 aan de vaste commissie voor Justitie, van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

852 Een onbegrijpelijke opmerking, waar toch de concurrentie juist op prijs is toegenomen. Inderdaad niet zozeer door een vergroting van het aantal aanbieders, maar tussen die aanbieders is er door de vrije prijzen wel degelijk heel veel veranderd in de concurrentieverhoudingen.

slechtering is gekomen. In de door klanten waarneembare kwaliteit ziet het CPB echter geen verandering.⁸⁵³ Het CPB stelt verder, dat niet duidelijk is waardoor de verslechtering van de notariële kwaliteit dan is gekomen. Dat lijkt toch wel voor de hand te liggen. Voor vakmensen is het heel goed voor te stellen waar te besparen valt, zonder dat de cliënt (en ook de oppervlakkige, niet notarieel geschoolde, onderzoeker) dat ziet. Nog steeds wordt dan wel rechtsgeldig de eigendom overgedragen, maar niet waarneembaar is of wel alle vereiste zorg in de overname en de vestiging van rechten correct heeft plaatsgevonden.

Wat wel waarneembaar is en gebruikelijk wel zal kloppen, zijn personalia, adres, koopsom, kosten koper of verkoper, het juiste adres van het verkochte huis en dergelijke. Daar zitten geen fouten in, althans weinig, want die worden wel bemerkt (ook door de cliënt) en dus gecorrigeerd.

Er is naar mijn mening wel degelijk reden tot zorg. Opgepast moet worden dat de langzaam en zorgvuldig te voet gekomen kwaliteit en het daarmee samenhangende vertrouwen in het notariaat, niet veel sneller te paard weer vertrekt. Probleem daarbij is dat het snelle vertrek van het paard van kwaliteit en vertrouwen nog niet goed zichtbaar is en dat het zich pas in volle omvang zal manifesteren als misstanden openbaar worden, als er slachtoffers in het rechtsverkeer vallen. Meten is weten en daarom is het zaak het onderzoek naar mogelijk kwaliteitsverlies in de notariële dienstverlening zo snel mogelijk op te starten.

Minister Hirsch Ballin antwoordt op Kamervragen⁸⁵⁴ dat er geen empirisch bewijs bestaat om een verband te leggen tussen afnemende beroepsethiek en de inkomenspositie van de notaris. Het lijkt beter over tarieven dan over inkomen te spreken, want dat inkomen kan immers door bijsturen en/of een betere conjunctuur wel weer aantrekken, maar te lage tarieven kunnen wel degelijk de aanzet (blijven) vormen tot onverantwoord notarieel handelen en dat probleem wordt niet door een betere conjunctuur opgelost. Ook staatssecretaris Albayrak stelde in antwoord op Kamervragen⁸⁵⁵ dat de kwaliteit van het notariaat niet lijdt onder de marktwerking. Zij verwees daarbij naar het onderzoek van 2005 van de Evaluatiecommissie Wna 1999. Zij stelde dat zij nu (dat was oktober 2009) nog steeds kan zeggen dat door de tariefontwikkeling de kwaliteit niet onder druk staat. Er is daarbij, zo gaf zij aan, bijvoorbeeld gekeken hoe vaak fouten voorkwamen in het kadaster. Aangenomen werd dat 'geen empirisch bewijs bij de minister en de staatssecretaris' betekende, dat de kwaliteit niet onder druk staat. Die antwoorden van minister en staatssecretaris roepen vragen op en zitten duidelijk in de sfeer van het geloof in het heil van de marktwerking en van toezeggingen bij de invoering van de wet

853 En daar zit nou juist het probleem. Door dit gebrek aan kwaliteitstransparantie wordt er vooral op de prijs gelet bij de keuze van een notaris.

854 Beantwoording van Kamervragen door de minister op 25 augustus 2009.

855 Beantwoording van Kamervragen door de staatssecretaris op 6 oktober 2009.

dat er én lagere tarieven én betere kwaliteit zou komen, conform de uit de Verenigde Staten in de jaren tachtig en negentig van de twintigste eeuw overgewaaide reclameslogan voor onbeperkte marktwerking. Een slogan die volgens Vermeend voortdurend werd gebruikt bij de invoering van marktbevorderende projecten.⁸⁵⁶

Wouter Bos, toen nog minister van Financiën, signaleert tijdens een voordracht in januari 2010, de spanning tussen markt en publieke belangen als hij stelt dat het soms makkelijker is publieke belangen voor de markt af te schermen dan te pogen de markt te temmen om de publieke belangen niet te schaden.⁸⁵⁷

Het publieke belang is gebaat bijvoorbeeld bij goede eigendomsverhoudingen, bij een goede verschaffing van de juiste gegevens aan de (openbare) registers, zoals het kadaster, het handelsregister, het centrale testamentenregister. Ik pleit voor een verantwoord afwegen per onderwerp van het desbetreffende publieke belang, zoals in casu de kwaliteit van de notariële dienstverlening, tegen dat andere publieke belang, de marktwerking. En indien blijkt dat de kwaliteit echt onder druk staat, om dan waar nodig toch maar de markt te temmen en ervoor te zorgen dat de overheid haar verantwoording neemt om waar nodig in ieder geval dat publieke belang van die kwalitatieve dienstverlening zeker te stellen. De behartiging van dat belang mag niet afhankelijk zijn van de bereidheid van een individuele koper om te betalen voor mogelijke extra's die misschien niet zijn directe belang, maar dan toch wel het algemene belang dienen. Het gaat er volgens Rolf Knieper om instituten te vormen die zorgen dat de rechtszekerheid in marktverhoudingen tegen redelijke kosten⁸⁵⁸ gegarandeerd is. Het notariaat vormt (in samenhang met het kadaster) volgens hem zo'n instituut. De met een Nobelprijs vereerde en eerder genoemde economiehistoricus Douglas North benadrukt ook het belang van zo'n instituut, in die zin dat de door mensen bedachte beperkingen en tekortkomingen in de menselijke interacties kunnen en zullen worden verminderd en dat de instelling van zo'n instituut gewenst is om de onzekerheden in die menselijke interactie te verminderen. Opportunisme en transactiekosten

856 Vermeend, W., *De WIJ Economie, de opkomst van de WIJ economie en de ondergang van de IK economie*, Amsterdam: Lebowski 2009, p. 305 en 306.

857 De derde weg voorbij, 25 januari 2010, www.PvdA.nl, Dr. J.M. den Uyl-lezing, gehouden in de Rode Hoed in Amsterdam: 'meer regulering van markten blijkt opeens wel mogelijk, en de markt kan enorm veel welvaart, innovatie en werkgelegenheid genereren, maar draait uiteindelijk altijd om commercieel gewin. Dat motief kan in veel sectoren van de economie veel goeds doen en dient daar ook volop de ruimte te krijgen. Maar het kan ook haaks staan op publieke belangen. Ik ben ervan overtuigd geraakt dat het soms makkelijker is publieke belangen voor de markt af te schermen dan te pogen de markt te temmen om de publieke belangen niet te schaden, en dit staat haaks op het gangbare model van toezicht. Perfect toezicht is een illusie. Zij hebben bijna altijd een achterstand in informatie en expertise vergeleken met marktpartijen. (...) In zo'n geval kan het effectiever zijn de reikwijdte van de markt te beperken. Een mooi voorbeeld is hoe Obama nu streeft naar kleinere banken en bepaalde bankbeleggingen met spaargeld gaat verbieden'.

858 Knieper, R., *Eine ökonomische Analyse des Notariats*, C.H. Beck, München 2010, p. 48.

kunnen daarmee volgens North beperkt worden.⁸⁵⁹ Volgens Knieper geeft de nieuwe Instituteneconomie een sterke rechtvaardiging tot het in stand houden en verbeteren/aanpassen en zelfs uitbreiden van het takenpakket van de notaris. Nadeel daarbij is dat de tussenkomst van de notaris transactiekosten met zich brengt, maar die wegen volgens Knieper ruimschoots op tegen de voordelen van rechtszekerheid en voorlichting en advisering en de mogelijkheid om de nakoming van de afspraken in de aldus authentieke akte af te dwingen. Daarmee zijn volgens hem de totale transactiekosten in landen met een Latijns notariaat, zoals in zijn voorbeeld Duitsland, een veelvoud lager dan in landen die een dergelijk instituut niet kennen, zoals met name de Verenigde Staten.⁸⁶⁰ Ook het veelal ontbreken van een kadaster en de noodzaak om vanwege gebrek daaraan en aan notariële tussenkomst een *title-insurance*⁸⁶¹ af te sluiten, verhogen die kosten aanmerkelijk. Onder het Latijnse notariële systeem, waar de akte executoriale kracht heeft, hoeft de schuldeiser, wanneer de schuldenaar zijn verplichtingen niet nakomt, zich niet tot de rechter te wenden voor het verkrijgen van een executoriale titel. In de *civil law*-landen hebben de garanties van de betrouwbaarheid en wettigheid van de authentieke akte een preventieve functie ten aanzien van geschillen.⁸⁶²

Een aanpassing van de tarieven, daar was destijds alle reden voor, zelfs de tarieven hoeven niet geheel van de markt te worden afgescheiden. Het andere uiterste, het geheel vrijlaten van de tarieven, zou wel eens een gevaarlijke brug te ver kunnen blijken te zijn.

7.4.13.2. *Informatie-asymmetrie is een feit en vertoont structurele trekken*

Tjeenk Willink gaat er niet over, maar we zagen dat hij de ontwikkeling met betrekking tot de verregaande vermarkting van het notariaat een verkeerde gang van zaken acht, als hij stelt⁸⁶³ 'dat kwaliteit een kostenpost is geworden; bij de introductie van de marktwerving het algemeen belang op de achtergrond is geraakt en bij ondernemers het besef van de publieke functie van hun onderneming vervaagt en tenslotte fouten of na vele jaren of helemaal nooit worden ontdekt'.⁸⁶⁴ Een jaar later merkt hij op dat de dominantie van het marktdenken inmiddels binnen de publieke sector een ingesleten patroon is geworden.⁸⁶⁵

859 North, D.C., *Institutionen, Institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung*, 1992; *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge: Cambridge University Press 1990, p. 3/43.

860 Knieper, R., *Eine ökonomische Analyse des Notariats*, C.H. Beck, München 2010, p. 55.

861 Een verzekering die de schade van de onvolkomenheden dekt, maar daarmee niet het oorspronkelijk gewenste rechtsgevolg alsnog bereikt.

862 Ontleend aan conclusie 5 van het thema II van het verslag van het XXVIe congres van de UINL, gehouden van 3 tot 6 oktober 2010 in Marrakech, Marokko. WPNR, nr. 6866, 4 december 2010, p. 895.

863 Bij de presentatie van en in het jaarverslag van de Raad van State over 2008.

864 Jaarverslag van de Raad van State over 2008.

865 Jaarverslag van de Raad van State over 2009.

In dezelfde lijn als Tjeenk Willink in 2008, stelt ook Blokland (al in 1999) dat het publiek de kwaliteit van het gebodene over het algemeen totaal niet kan beoordelen en dat gebreken in de kwaliteit vaak pas op lange termijn gevolgen hebben, die dan bovendien ook niet worden onderkend. Dat goedkoop duurkoop is, blijkt volgens Blokland pas veel later en (ook hier) wellicht zelfs nooit.⁸⁶⁶

Van Mourik⁸⁶⁷ en Verstappen⁸⁶⁸ spreken onomwonden van verloedering van respectievelijk het notarisambt en de ambachtelijke praktijkuitoefening. Triest dat deze hoogleraren, die het notariaat een warm hart toedragen, zich van deze terminologie menen te moeten bedienen, maar het zijn noodkreten die serieus genomen moeten worden. Derhalve nogmaals: onderzoeken en regelmatig blijven volgen.

Baarsma merkt op dat notariële diensten enerzijds ervaringsgoederen (*experience goods*) zijn, waarvan de werkelijke kwaliteit pas na de aankoop en het gebruik ervan kan worden beoordeeld en anderzijds ook vertrouwensgoederen (*credence goods*) zijn, waarvan de kwaliteit zelfs na aankoop of gebruik niet duidelijk is voor de consument. Er is voor de consument dus sprake van zowel *ex ante* als *ex post* kwaliteitsonzekerheid.⁸⁶⁹ Het zal voor de onderscheiden soorten akten verschillen onder welke categorie zij vallen, maar de kwaliteitsbeoordeling als basis voor de keuze van de notaris lijkt vrijwel onmogelijk.

Die mening is ook het HvJ EU toegedaan als het gaat over de beoordeling van de kwaliteit van de diensten van advocaten, als het stelt: 'Advocaten hebben verregaande technische bekwaamheden waarover de consument niet noodzakelijkerwijs beschikt, zodat de laatste de kwaliteit van de hem geleverde diensten moeilijk kan beoordelen.'⁸⁷⁰ Dit is in dezelfde zin toepasbaar op de diensten die het notariaat verleent.

866 Blokland, P., Teksten en toelichting op de Wet op het notarisambt, Koninklijke Vermande, Lelystad 1999, p. 14: hij geeft daarvan een aansprekend voorbeeld over het beperken van successierechten over uitkeringen van levensverzekeringen. Splitsing van premie is van het grootste belang. Huwelijksvoorwaarden moeten daarin voorzien. Bij een finaal verrekenbeding moeten de verzekeringspremies worden uitgesloten. Het kost tijd en dus geld om de verzekeringen boven tafel te krijgen, om de huwelijksvoorwaarden ook daarop toe te snijden en om het allemaal haarfijn uit te leggen. En ook dan zal de gemiddelde cliënt de nuances niet kunnen beoordelen en zal ook daarom geneigd zijn naar de goedkopere notaris te gaan onder het motto 'huwelijksvoorwaarden zijn huwelijksvoorwaarden'. De eventuele schade zal zich pas veel later (bij het overlijden) manifesteren, doordat er onnodig hoge successierechten moeten worden betaald en ook dan zal de langstlevende vaak geen idee hebben dat door een zorgvuldiger formulering van de huwelijksvoorwaarden veel successiebelasting vermeden had kunnen worden.

867 Congres 75 jaar Notabel & Financieel Toezicht, Breukelen: Nyenrode Business Universiteit 23 april 2009, Zeist: Kerckebosch grafische communicatie, p. 43.

868 Het notariaat in Spagaat: over instroom en de toekomst van het notariaat, WPNR, 2004, 6591, 25 september 2004, § 16 g.

869 Baarsma, B., Kroonverjaardag marktwerking in het notariaat: Tijd voor een feestje?, *Ars Notariatus* 143, Deventer: Kluwer, Deventer 2010, p. 23.

870 Zaken C-94/04 en C-204/04 (Cipolla), r.o. 68.

Intussen haalt ook Baarsma⁸⁷¹ de commissie-Hammerstein, het CPB 2006 en de trendrapportage notariaat van het WODC aan. Zij stelt dat notarissen bij voorkeur concurreren op kwaliteit (en niet louter op prijs). Zij vindt het daarom zo verwonderlijk dat na 1999 nagenoeg geen pogingen zijn ondernomen om de kwaliteit van de dienstverlening transparant te maken. De klant weet volgens Baarsma nog steeds niet wat hij koopt. Daar heeft zij gelijk in, maar daar zit nu ook juist het probleem. Al die onderzoeken die de notaris moet verrichten, de noodzaak van toevoegingen van diverse regelingen uit vroegere akten en mogelijk te ontwerpen nieuwe regelingen in de nieuwe akte zijn door de grote meerderheid van de klanten niet te beoordelen en interesseren hen wellicht ook niet zo. Als men het huis maar op naam krijgt.

De notaris en de KNB kunnen er mogelijk wat meer aandacht voor vragen en proberen het inzichtelijker te maken, maar in bepalende mate zal dat niet lukken. Dat is precies de reden waarom een groot aantal klanten niet op de (niet te beoordelen) kwaliteit, maar op de prijs zal blijven kiezen. Bovendien zullen zij weinig boodschap hebben aan dat deel van het werk van de notaris dat de belangenbehartiging van het publieke domein betreft. Zij zullen daar niet op letten en zeker niet bereid zijn daarvoor te betalen. Mede daarom lijkt het ook maatschappelijk onverantwoord de notarissen richting een te lage prijs te drijven.

De *Organisation for Economic Cooperation and Development*, de OECD (of OESO), heeft in mei 2007 in opdracht van de Europese Commissie een rapport uitgebracht.⁸⁷² Zij constateert daarin dat consumenten die de kwaliteit van juridische producten niet kunnen beoordelen, zich bij hun keuze voornamelijk zullen baseren op de prijs. Dientengevolge zullen zij niet bereid zijn meer te betalen voor een betere kwaliteit. Dat zal als gevolg hebben dat de aanbieders die een hoge kwaliteit leveren uit de markt worden gedreven. Nadrukkelijk stelt zij dat bijvoorbeeld minimumtarieven deze ontwikkeling zouden kunnen stoppen. De in het rapport geschetste resultaten geven volgens de OESO steun aan de opvatting dat de strijd om te overleven de overhand gaat krijgen ten koste van de ethische afwegingen en dat daarmee de kwaliteit uit de dienstverlening zal verdwijnen.

Ook Baarsma onderkent dat in een markt met zo weinig kwaliteitstransparantie, zoals in het notariaat, marktwerking een risico vormt.⁸⁷³

871 Baarsma, B., Kroonverjaardag marktwerking in het notariaat: Tijd voor een feestje?, *Ars Notarius* 143, Deventer: Kluwer, Deventer 2010, p. 36.

872 OECD, Competition restrictions in legal professions, Working party No. 2 on competition and regulation, 28 mei 2007, DAF/COMP/WP2/WD/(2007)19, p. 26 e.v.

873 Baarsma, B., Kroonverjaardag marktwerking in het notariaat: Tijd voor een feestje?, *Ars Notarius* 143, Deventer: Kluwer, Deventer 2010, p. 36.

Murray stelt dat het vrijgeven van de notariële tarieven tot een vermindering van de kwaliteit van de notariële dienstverlening kan leiden, niet in de laatste plaats omdat de consument niet in staat is de geboden kwaliteit te beoordelen.⁸⁷⁴

Ott gaat ervan uit dat juist de mededingingsbeperkende effecten in de notariële regelgeving ervoor zorgen dat de kwaliteit wordt geborgd. Hij beperkt zich daarbij niet tot de tariefregulering, maar betreft ook bijvoorbeeld toetredings-eisen daarin.⁸⁷⁵

Schmid en Pinkel stellen dat het probleem van de informatie-asymmetrie niet is op te lossen door vaste tarieven voor de notariële diensten te hanteren.⁸⁷⁶ Immers, ook dan is het volgens hen voor de consument niet mogelijk de kwaliteit te beoordelen. Dat is op zich juist, een vast tarief staat niet per definitie borg voor een goede kwaliteit, maar er is wel een drijfveer weggenomen tot kwaliteitsarme dienstverlening als er een prijsregulering komt. Daarbij moet dan ook de prijs zodanig worden vastgesteld dat de benodigde zorg voor die prijs inderdaad geleverd kan worden. Als de prijzen door de marktwerking zo laag worden dat een verantwoorde dienstverlening niet meer mogelijk is, dan gaat de vorenstaande theorie van Schmid en Pinkel niet meer op en zal er wel moeten worden ingegrepen.

Volgens Baarsma⁸⁷⁷ bestaat er bij informatie-asymmetrie kans of op tariefverhogingen of op kwaliteitsverlagingen. Een crisis (krimpende vraag) vormt volgens haar een extra risico, omdat de prikkels om te besparen op kostbare, voor de klant niet-zichtbare kwaliteit dan nog sterker worden. Dat omschrijft zij als de theorie. Dat probleem is, zoals we al zagen, volgens haar op te lossen door de kwaliteit transparanter te maken. Dat is nog steeds makkelijker (theoretisch) gezegd dan in de notariële praktijk gedaan.

De kwaliteit van de notariële dienstverlening is voor de (niet notarieel geschoolde consument) eenvoudigweg niet zodanig transparant te krijgen dat daar op geselecteerd kan worden. Dan blijft de prijs over en die is nou juist wel heel transparant geworden. De desbetreffende tarievensites hebben daar volop aan meegewerkt.⁸⁷⁸ De roep om dat deel van de transparantie is verhoord, een adequate kwaliteitstransparantie zal door de aard van het notariële product (*credance goods*) structureel blijven ontbreken.

874 Murray, Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A comparative Study-short Preliminary Report of June 2007, 1 f.

875 Ott, Das Notariat im Spannungsfeld von überliefertem Rechtsstatus und wirtschaftlicher Entwicklung; Eine Rechtsökonomische Untersuchung, German working papers in law and Economics 2001/7, 11.

876 Schmid en Pinkel, in European Law/Europarecht: Die Zulässigkeit nationaler Einschränkungen der Grundfreiheiten für juristische Dienstleistungen im Grundstücksverkehr vor dem Hintergrund des Verfahrens Kommission/Deutschland (Hv) C-54/08), p. 157.

877 Baarsma, B., Kroonverjaardag marktwerking in het notariaat: Tijd voor een feestje?, *Ars Notariatus* 143, Deventer: Kluwer, Deventer 2010, p. 36.

878 www.Notaristarieven.nl; deGoedkoopsteNotaris.nl.

Ook de door de NMa en de door de KNB-werkgroepen zo bepleite advertentie-vrijdom helpt daar niet echt bij, omdat dat niets anders geeft dan een schijntransparantie van de kwaliteit. Een notaris die vertelt dat hij goed is, hoeft het daarom nog niet te zijn. Niet het grootste advertentiebudget geeft aan waar de beste akten worden gemaakt.

Marktwerking is prima, veel marktbevorderende maatregelen kunnen stimulerend werken, maar veel te lage prijzen in verhouding tot alles wat daar (niet transparant) voor gedaan moet worden, stimuleren niet de kwaliteit. In een dergelijke structureel niet-transparante markt moet de overheid het publiek het risico van kwaliteitsverlies niet willen laten lopen. De overheid zou gepaste maatregelen moeten willen nemen om dat kwaliteitsverlies te voorkomen. De KNB zou daarop moeten aandringen, maar geeft in haar notitie 'In transitie' aan dat het de vraag mag zijn in hoeverre de effecten van de marktwerking werkelijk zullen worden verzacht door de invoering van tarieven.⁸⁷⁹ Het bestuur geeft aan dat een focus enkel op minimumtarieven het notariaat niet verder brengt in het denken over de ontwikkeling van het beroep, zoals het KNB-bestuur dat wil zien. Met die woorden is te weinig eer gegeven aan de door haar ingestelde stuurgroep leges en wordt voorbijgegaan aan serieuze bedreigingen van het ambt en worden die mogelijk ook onvoldoende onderkend.

Ik stel niet dat er uitsluitend naar de tarieven moet worden gekeken. Het hele verhaal is inderdaad oneindig veel breder. Ik kom daarop terug. Maar er moet ook niet om de tarieven heen gegaan worden.

7.4.13.3. *Kanaliseren van de markt om een market for lemons te vermijden*

De markt moet ter wille van de kwaliteit worden gekanaliseerd. Prijsbeheersing lijkt een effectief middel. Schmid en Pinkel redeneren vanuit een gereguleerde Duitse notariële markt dat ook volgens hen het gevaar zou kunnen bestaan dat bij een overaanbod van notariële diensten een te harde concurrentiestrijd zou kunnen ontstaan. Zo'n concurrentie zou volgens hen tot heel lage notariële tarieven kunnen leiden.⁸⁸⁰ Zij achten dat in die (Duitse) situatie niet erg waarschijnlijk, maar dat is precies de al ingezette ontwikkeling die zich in Nederland met inmiddels vrije notariële tarieven wél voordoet. In die situatie kan volgens Schmid en Pinkel niet uitgesloten worden dat de kwaliteit in gevaar komt, te meer als een kostendekkende hoogwaardige dienstverlening niet meer mogelijk is. Ook dat doet zich in Nederland voor. De geschetste onmogelijkheid van de consument om de kwaliteit te beoordelen achten ook zij daarbij een extra gevaar. De economische literatuur gaat ervan uit dat consumenten die een hogere kwaliteit niet kunnen

⁸⁷⁹ De beleidsnotitie van het bestuur van de KNB van voorjaar 2010: In transitie, een beleidsrichting voor de komende tijd, p. 4.

⁸⁸⁰ Schmid en Pinkel, *Hanse Law Review*, vol. 3, nr. 1, p. 157. Zolang de *Kostenordnung* met vaste tarieven bestaat, lijkt dat echter niet alleen onwaarschijnlijk, maar zelfs onmogelijk.

beoordelen, niet bereid zijn een hogere prijs te betalen en aldus ontstaat er een *market for lemons* (Akerlof), ofwel een markt waar uitsluitend nog producten van een lagere kwaliteit worden aangeboden, omdat de kwaliteitsaanbieders van de markt zijn verdwenen.⁸⁸¹

In dezelfde zin laten ook van den Bergh en Montangie zich uit als zij opmerken dat als er een informatie-asymmetrie bestaat tussen aanbieder (notaris) en consument,⁸⁸² de *market for lemons* kan optreden. Ook zij stellen dat omdat de consument niet kan beoordelen welke kwaliteit van dienstverlening hem wordt geboden, hij niet bereid zal zijn een hogere prijs voor hogere kwaliteit te betalen. Vervolgens constateren zij dat het resultaat is dat de aanbieders van die hogere kwaliteit uit de markt worden gedreven en dat er slechts een markt van suboptimale dienstverlening overblijft. Een jammerlijke *adverse selection* treedt dan op. De nadelen van dit verschijnsel raken volgens beide schrijvers niet alleen de klant (die goedkoper uit is), maar ook derden die niet rechtstreeks bij die transactie betrokken zijn en dan is in zijn algemeenheid ook het algemene publieke belang in het geding.⁸⁸³ Vrije markt kan volgens R. van den Bergh alleen dan tot efficiënte uitkomsten leiden als een groot deel van de afnemers van de diensten in staat is de keuze te maken op basis van een goede prijs/kwaliteit-beoordeling. Schmid en Pinkel stellen dat slechts wanneer duidelijk is dat het hiervoor geschetste gevaar van de *market for lemons* inderdaad ontstaat, dat dan ter wille van goede kwaliteit van de notariële dienstverlening op wettelijke tariefregelingen moet worden teruggegrepen. Ook noemen zij nadrukkelijk de mogelijkheid om minimumtarieven in te voeren om in ieder geval het gevaar van een dumpingmarkt uit te sluiten.⁸⁸⁴

7.4.13.4. Conclusie relatie kwaliteit/tarieven

De commissie-Hammerstein stelt dat de notaris geen tarieven mag hanteren die in de weg staan aan de nakoming van zijn ambtsverplichtingen.⁸⁸⁵ In de notariële praktijk is een aanmerkelijk deel van de akten voor een groot deel standaardmatig te produceren. Kwaliteit zal in die gevallen in een prijzenoorlog wel onder druk staan, maar minder dan bij de gecompliceerdere akten, als er maar voldoende tijd aan wordt besteed en zorgvuldig wordt gewerkt. Maar ook dat staat onder druk. Die benodigde tijd kan voor een groot deel ambachtelijk worden ingevuld, maar het aantal ambachtelijk te besteden uren is wel aanzienlijk. Het eerste verslag

881 Theorie en gebruik van het begrip *market for lemons* stamt van Akerlof, *The market for lemons: Quality Uncertainty and the Marketmechanism*, *The Quarterly Journal of Economics* 1970, 488-500.

882 Hiervoor is aangetoond dat daar wel degelijk sprake van is.

883 Bergh, R. van den en Montangie, Y., *Theory and evidence on the Regulation of the Latin Notary profession; A law and economics approach*, 12 december 2005, p. 7.

884 Schmid en Pinkel, *Hanse Law review*, vol. 5, nr. 2, p. 158/159.

885 Rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het Notarisambt, *Het beste van twee werelden*, september 2005, p. 37.

van de KNB-stuurgroep leges aan de ledenraad van de KNB van 26 januari 2010 geeft een nauwkeurige actuele opgave van de tijd die besteed moet worden in een drietal situaties:

- voor een transport en hypotheek samen, volgens een gemiddelde opgave van 113 kantoren, is in totaal 15,69 uur nodig;
- voor een losse hypotheek is, volgens een gemiddelde opgave van 134 kantoren, in totaal 8,45 uur nodig;
- voor een los transport ten slotte is gemiddeld bij 114 kantoren 12,70 uur nodig.

Deze aantallen zijn op gemiddelden gebaseerd, dus moeilijke en gemakkelijke akten door elkaar. In het voorgaande overzicht van het mandje van notariële tarieven zagen we dat een combinatie van een transport- en hypotheekakte⁸⁸⁶ volgens de tariefregeling in september 1999 € 1.827 kostte, in januari 2007 gemiddeld € 1.144 en in oktober 2009 bij de allergeodkoopste notaris (volgens de desbetreffende site) € 376. Zoals hiervoor vermeld, zijn er voor een transport- en hypotheekakte gemiddeld 15,69 uur voor alle werkzaamheden nodig. Het niveau van de medewerkers die eraan werken, inclusief de notaris, zal verschillen en zal voor het grootste deel niet-academisch zijn, maar dan nog. Gemiddeld geeft dat bij de goedkoopste notaris een uurvergoeding van € 23,96 voor de gemiddelde akte, dus eenvoudige en gecompliceerde akten door elkaar.⁸⁸⁷ Zelfs voor de allereenvoudigste akte en met de allergrootste efficiëntcy lijkt het onmogelijk om voor dat tarief verantwoord akten te blijven produceren en passeren. Als het deficit vervolgens beperkt gaat worden door op de notariële inspanningen onverantwoord te bezuinigen, dan is de kwaliteitsvermindering een feit.

Ook Laclé is beducht dat de commerciële oriëntatie belangrijke gevolgen kan hebben voor de publieke taakopvatting en de bewaking van de beroepsethische peilers door de notarissen.⁸⁸⁸

Bij de formulering van de wetgever ter gelegenheid van de invoering van de Wna werd er nog van uitgegaan dat versterkte marktwerking zou leiden tot aanvaardbare prijzen en over het algemeen een kwaliteitsverhogend effect zou hebben.⁸⁸⁹ De wens van de regering lijkt daarbij de vader van de gedachte te zijn geweest. De prijzen hebben, zoals we zagen, verschillend gereageerd op het loslaten van de tarieven, maar in het algemeen zijn de tarieven gedaald. Dat deel van de profetie is uitgekomen. Het kwaliteitsverhogende effect blijkt nergens uit, integendeel. Zoals eerder opgemerkt, heeft de aanscherping van de concurrentie

886 Met een koopsom in de transportakte en een hoofdsom in de hypotheekakte van € 250.000.

887 In die vergoeding behoort dan ook nog een omslag voor kantoorkosten, zoals huisvesting, automatisering, boekhouding, administratie en overige overheadkosten te worden opgenomen, zodat daarmee de werkelijke uurvergoeding qua directe kosten nog lager wordt.

888 Laclé, Z.D., *Notabelen vernieuwen* (diss. Leiden), 2008, ARS notarius 13, p. 178.

889 Kamerstukken II 1993/94, 23 706, nr. 3, p. 45.

wel tot bijvoorbeeld meer klantgerichtheid en efficiëntie geleid.⁸⁹⁰ Daarmee is de zichtbare kwaliteit (zoals klantvriendelijkheid) verbeterd, maar ten aanzien van de onzichtbare kwaliteit kan dat niet gezegd worden.

7.4.13.5. *Notariële tarieven in andere EU-lidstaten*

Ook de Europese Commissie worstelt inmiddels met de vraag hoe je, ook in de vrije beroepen, de markt het beste kunt laten werken. Met name is er terecht aandacht voor de achilleshiel van de hele operatie, te weten de borging van kwaliteit.⁸⁹¹ Maar zoals eerder geschreven, laat Europa de regelingen over aan de lidstaten en gaat niet verder dan voorlichting. Tot dusver hebben naast Nederland van de zeventien in het kader van deze dissertatie onderzochte EU-landen met een Latijns notariaat alleen ook Polen, Oostenrijk en Italië een beperkte tariefregeling. Voor de Oostenrijkse notaris begrijpelijk; die kent immers geen notarieel monopolie in de vastgoedpraktijk. Concurrentie met andere aanbieders zou daar dan moeilijk worden als wel de notarissen maar niet de andere professionals aan een tariefregeling gebonden zouden zijn. Ook in de tijd dat er nog wel een tariefregeling bestond, werd daar juist vanwege de concurrentie door andere beroepen niet algemeen de hand aan gehouden. Italië heeft in 2006 vrijwel alle tariefregelingen voor de vrije beroepen afgeschaft, zo ook voor de notarissen, maar daar zijn voor het notariaat de procentuele belanggebonden en de maximumtarieven wel gehandhaafd.

7.5. De correctie Wna 1999: wetsvoorstellen en verdere gewenste aanpassingen en voorstellen

7.5.1. *Inleiding*

De basis voor de voorgestelde wijzigingen van de Wna wordt gevormd door het rapport van de commissie Evaluatie Wet op het notarisambt. Deze commissie is ingesteld bij besluit van de minister van Justitie van 9 juli 2004.⁸⁹² De commissie heeft 32 aanbevelingen gedaan. Op 28 september 2005 heeft de regering het rapport doorgezonden naar de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Op 26 februari 2006 heeft de regering het kabinetsstandpunt op het rapport aan de Tweede Kamer kenbaar gemaakt. Het kabinet gaf daarin aan van oordeel te zijn dat de commissie er goed in is geslaagd het grote belang te beschrijven van

890 Rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het Notarisambt, Het beste van twee werelden, september 2005, p. 32.

891 Onder meer Lowe, Ph., D-G van DG Mededinging van de EC, tijdens het congres The economic case for professional services reform op 13 december 2006 te Brussel.

892 De commissie stond onder voorzitterschap van mr. A. Hammerstein, toen president van het Hof Arnhem, daarna (en overigens ook daarvoor) raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden. De commissie wordt gebruikelijk genoemd naar haar voorzitter de commissie-Hammerstein.

de waarborgfunctie die het notariaat vervult in belangrijke delen van het rechtsverkeer, maar het kabinet merkt tevens op dat de commissie heeft aangegeven dat het voor haar niet mogelijk is geweest een volstrekt eenduidig beeld te krijgen van de mate waarin de notarissen op dat moment aan het functieprofiel voldeden. De commissie concludeerde dat er enerzijds sprake is van betere dienstverlening, innovatie en prijsdifferentiatie, anderzijds dat er voldoende redenen zijn om zorgen te hebben omtrent de ontwikkeling van de integriteit en kwaliteit van de beroepsgroep, waardoor uiteindelijk de publieke waarborgfunctie en daarmee het notariaat zelf teloor kunnen gaan. De commissie heeft, als gezegd, aanbevelingen gedaan om ook in de toekomst een goed functionerend notariaat te kunnen waarborgen. Veel aanbevelingen komen bekend voor, omdat ook de KNB al kort na de invoering van de Wna 1999 voor een aantal van die zaken herhaaldelijk aandacht had gevraagd. Ondanks de eerder aangehaalde opmerkingen van minister en staatssecretaris in antwoord op Kamervragen dat er geen aanwijzingen zijn dat de notariële kwaliteit onder de marktwerking te lijden heeft gehad, vermeldde de (toenmalige) minister van Justitie wel in de brief aan de Kamer dat de commissie in paragraaf 3.5 van haar rapport stelt: 'De typisch notariële kant van de werkzaamheden (Belehrung en Beratung) lijkt wel onder de druk van de concurrentie aan kwaliteitsverlies te lijden.'

De minister geeft aan dat uit het WODC-rapport over ontwikkelingen in de notariële beroepsethiek en uit de Eerste Trendrapportage notariaat blijkt, dat in de beleving van de beroepsgroep ambtsconform handelen terrein verliest aan bedrijfsmatige voordelen.

Het kabinet geeft aan het met de commissie eens te zijn dat versterking van aandacht van de beroepsgroep voor het handhaven van de kwaliteit en integriteit noodzakelijk is. Aansluitend merkte de (toenmalige) minister van Justitie (Donner) op, dat notariële dienstverlening een terrein is waar de onzichtbare hand van de markt niet altijd het hoogste goed realiseert.⁸⁹³ Kwaliteitsborging door de beroepsgroep en de overheid is hier noodzakelijk volgens nog steeds de minister.

Het kabinet maakt vele standpunten van de commissie tot de zijne en heeft de volgens hem noodzakelijke wijzigingen van de Wna voortvarend in behandeling genomen: een goed rapport van de commissie dat een goed vervolg krijgt door adequate wetgeving. In 2008 zijn de eerste wetsontwerpen ter consultatie naar verschillende instanties gezonden, zoals de KNB, het BFT, de Raad voor de rechtspraak, het College van procureurs-generaal, Acta⁸⁹⁴ en het College bescherming persoonsgegevens, terwijl de Koninklijke NIVRA samen met de NOvAA uit eigen beweging advies heeft uitgebracht. De uitgebrachte adviezen hebben aanleiding gegeven tot relevante aanpassingen, de Raad van State heeft geadviseerd en

893 Brief van de minister van Justitie aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, van 6 februari 2006, p. 4.

894 Adviescollege toetsing administratieve lasten.

op 17 december 2009 is het gewijzigde ontwerp aan de Kamer aangeboden. Op 1 februari 2011 is het desbetreffende wetsontwerp 32 250 met algemene stemmen door de Tweede Kamer aangenomen.

Waardering voor het wetsvoorstel is op zijn plaats: scheiding van toezicht en tuchtrecht, versterking van het toezicht, de overheveling van het Centraal testamentenregister, de schepping van een toegevoegd notaris, wijziging van de ministerieplicht, vereenvoudiging van de zij-instroom en in zijn algemeenheid voorstellen om de integriteit en kwaliteit van het notariaat te bevorderen. Het is een goed voorstel op een passend moment, maar het had hier en daar verder mogen gaan. Een aantal voorstellen zal hier worden besproken en wel in grotendeels dezelfde volgorde die het wetsvoorstel aanhoudt.

7.5.2. *De benoemingsvereisten*

7.5.2.1. *De stage*

De stage van zes jaren behoort tot de langere in het Europese notariaat. Alleen Oostenrijk scoort met zeven jaren (formeel en feitelijk zelfs 9½ jaar) hoger. Italië hanteert slechts 1½ jaar, terwijl bijvoorbeeld Spanje in het geheel geen stage kent, maar wel een zwaar vergelijkend examen dat zonder praktijkervaring moeilijk met goed gevolg kan worden afgelegd. Kennis wordt daar hoger ingeschaald dan ervaring. Het Nederlandse notariaat heeft weliswaar een van de zwaarste en meest brede takenpakketten van alle onderzochte Europese landen, maar dan nog zijn de zes jaren ervaring een wel heel stevige eis⁸⁹⁵ vergeleken met andere EU-landen. Helemaal stevig met betrekking tot in deeltijd werken, vindt ook de wetgever en hij heeft terecht een versoepeling van de evenredigheidseis voorgesteld.

Een tegemoetkoming is ook gedaan richting kandidaten die, anders dan een ervaring op een notariskantoor, een ook voor het notariële ambt relevante ervaring hebben. Gedacht kan daarbij worden aan personen die als jurist werkzaam zijn geweest bij de notariële opleidingen aan een de Nederlandse universiteiten of bij de KNB. Juist een combinatie van wetenschap en praktijk kan zeer inspirerend zijn, in beide richtingen. De hartekreet uit 2000 van de gezamenlijke notariële hoogleraren aan de Tweede Kamer heeft mogelijk ook invloed gehad.

Ook werkzaamheden bij de rechterlijke macht, de advocatuur en de fiscaliteit zouden in meer of mindere mate in aanmerking kunnen worden genomen. Nu is zij-instroom zo goed als onmogelijk. Dat is een ongewenste situatie. In dezelfde zin Verstappen die het ook als een onwenselijke barrière beschouwt voor bijvoorbeeld advocaten en rechters die hun carrière graag in het notariaat zouden willen voortzetten.⁸⁹⁶ Criteria voor versoepeling van zij-instroom zijn de soort werk-

⁸⁹⁵ Artikel 6b jo. artikel 31 Wna.

⁸⁹⁶ Verstappen, L.C.A., Het notariaat in Spagaat: over instroom en de toekomst van het notariaat, WPNR, 2004, 6591, 25 september 2004, § 12.

zaamheden, maar ook de periode. Een geheel ontbreken van echte notariële ervaring is niet gewenst. Geleerd kan ook worden van de praktijk in Oostenrijk, waar dan weliswaar een stage van zeven jaar geëist wordt, maar waarvan drie jaren als kandidaat-notaris moeten zijn gewerkt en over de relevantie van de overige werkervaring niet gerept wordt. De beoordeling of de werkervaring al dan niet als relevant voor het notariaat is te beschouwen en de te hanteren perioden, zijn aan de KNB overgelaten. Terecht, de beroepsorganisatie is daartoe het best toegerust. Een ruimhartig, niet al te zuinig beleid zou bij de beoordeling op zijn plaats zijn. Zeker omdat de stage in Nederland in absolute zin al zo lang is.

Het lijkt verantwoord de stageperiode ook in absolute zin korter te maken. De entree en zij-instroom zouden daarmee wel wat gemakkelijker kunnen worden gemaakt.⁸⁹⁷ De termijn kan ook korter worden in relatie tot een later in dit hoofdstuk te bepleiten verdere versoepeling van de ministerieplicht, waardoor ook voor solitaire notarissen specialisatie mogelijk zou worden. Hoe korter de absolute termijn, hoe groter het deel moet zijn dat daadwerkelijk in de notariële praktijk moet zijn gewerkt.

7.5.2.2. *De twee-uit-drie-jareneis*

In de Wna 1999 is de noviteit ingevoerd dat een kandidaat-notaris om benoemd te kunnen worden, gedurende een al dan niet aaneengesloten periode van twee jaren binnen het tijdsbestek van drie jaren voorafgaande aan zijn verzoek om (her)benoeming, in de notariële praktijk werkzaam is geweest. Waaijer merkt in Melis op dat in de medische wetenschap een vergelijkbare eis wordt gehanteerd.⁸⁹⁸ Slechts in één van de zeventien onderzochte landen is binnen het notariaat een actualiteitseis ter zake van de notariële ervaring aangetroffen.⁸⁹⁹ Toch mist de eis geen relevantie, maar ook hier zou de eis in absolute zin kunnen worden versoepeld. In de jaren negentig van de vorige eeuw (de jaren van ontwerp en behandeling van de Wna 1999) was het enthousiasme voor het notariële ambt aanzienlijk groter dan in 2010. Mede om die reden mag de notaris inmiddels (weer) tot de leeftijd van 70 jaar in functie blijven. Dat kan betekenen dat notarissen langer blijven werken, maar ook dat men eerder terugkeert in het ambt. Het moet herintreders en zij-instromers niet al te moeilijk respectievelijk vrijwel onmogelijk gemaakt worden. In maximaal een halfjaar kan de praktische kennis ruimschoots weer voldoende geactualiseerd zijn, eventueel aangevuld met een actuele-kennistoets. Het is, net als in bijvoorbeeld Spanje, een kwestie van studeren, voor routiniers meer nog dan van in de praktijk werken.⁹⁰⁰ Blijft het voorstel zoals het nu luidt, dan kan een zij-

897 De commissie monitoring notariaat gaf in haar rapport van januari 2003 zelfs een aanbeveling om te komen tot een inkorting tot drie jaren, aanbeveling 2, p. 25. Maar zeker nu relevante ervaring buiten het notariaat ook mee gewogen gaat worden, lijkt die stap veel te groot.

898 Waaijer, B.C.M., *De Notariswet* (Melis), 7e druk, Deventer: Kluwer 2003, p. 70.

899 Estland waar de ervaring niet ouder dan tien jaar mag zijn, zie § 5.4.2.

900 KNB, SBN en/of universiteiten kunnen daar prima een actualiteitspakket voor ontwikkelen.

instroom wel vergeten worden en wordt het ook herintreders onnodig moeilijk zo niet onmogelijk gemaakt. De markt is er niet naar en wordt misschien ook nooit meer zo onstuimig als die was in de jaren dat deze veel te strenge actualiteitseis werd ingevoerd. Heeft bijvoorbeeld een raadsheer-plaatsvervanger minder verantwoordelijkheid? Voor zij-instromers geldt daar niet een dergelijke ervaringseis.

7.5.3. *Kwaliteits- en integriteitsbewaking*

7.5.3.1. *Kwaliteitstoetsing door de KNB en toezicht door het BFT*

Er zijn terechte eisen gesteld aan academische vorming en beroepsopleiding van de (kandidaat-)notaris. Daarnaast bestaat een goed systeem van verplichte educatie. In dat opzicht kan de Nederlandse (kandidaat-)notaris de Europese vergelijking goed doorstaan. Anderzijds is het ook belangrijk om systemen die een erosie van de kwaliteit zouden kunnen bevorderen te vermijden of te verwijderen.

Ook al is de opleiding goed en ook al zouden een aantal *incentives* tot kwaliteitsvermindering worden weggenomen respectievelijk verminderd, dan nog zal er een kwaliteits- en integriteitstoetsing moeten zijn.⁹⁰¹ Van der Horst noemt het bij de huidige notariële regelgeving een symptoombestrijding.⁹⁰² Dat is voor een deel ook zo en er moet ook alles aan gedaan worden om dat symptoom te verminderen, maar die controle kan daar ook een belangrijke rol in spelen.

Loorbach stelt dat in toenemende mate de vertrouwensmaatschappij zich ontwikkelt naar een controle en toezichtmaatschappij.⁹⁰³ We zagen dat ook Francis Fukuyama signaleert dat bij het afnemen van het vertrouwen de regeldichtheid zal (moeten) toenemen.⁹⁰⁴ Dat geldt ook voor het toezicht op en de kwaliteitstoetsing van de (kandidaat-)notarissen. Het vertrouwen dat alle notarissen naar behoren hun ambt uitoefenen, is minder vanzelfsprekend geworden. De kwaliteit moet beoordeeld en gecontroleerd worden. In Frankrijk bijvoorbeeld is dat al langer *bon ton*. Het is niet zo verwonderlijk dat de *Conseil Supérieur* streng toeziet. Immers, als een notaris schade veroorzaakt, zijn, als daarnaast de verzekeringsaanspraken zouden zijn uitgeput, de Franse notarissen collectief aansprakelijk. Dat stimuleert de algemene wens tot controle.⁹⁰⁵ De monitorcommissie stelde al in 2003 voor om

901 Wendt, I., *The tension between rules regulating the (liberal) professions and EC Competition Law* (diss. Maastricht), 2009, p. 295, stelt dat de mededinging wordt verminderd door minimumkwaliteitseisen, met name zijn het volgens haar de paraprofessionals die daardoor in hun mogelijke concurrentie worden belemmerd.

902 Horst, R. van der, *Notariaat Magazine*, editie 7-8, jaargang 10, p. 34.

903 Loorbach, J., sinds 1 maart 2010 algemeen deken van de Orde van Advocaten, in *Advocatie van tien februari* 2010.

904 Fukuyama, F., *Trust (the social virtues and the creation of prosperity)*, Free Press Paperbacks New York 1996, p. 27 e.v.

905 Ook in Nederland speelt het effect van voor elkaars fouten betalen wel een rol, al is het dan wat meer verscholen. Bij veel beroepsfouten en daaropvolgende aansprakelijkstellingen zullen de premies van de individuele maar zeker ook van de collectieve beroepsaansprakelijkheidsverze-

een systeem van intercollegiale toetsing op te nemen in de beroepsregels en te onderzoeken in hoeverre een (bijvoorbeeld) afzonderlijke inspectie controle op de naleving van de gedragsregels zou kunnen coördineren.⁹⁰⁶

Het genoemde, voorliggende wetsvoorstel speelt goed in op de toegenomen wens tot kwaliteitsbewaking. De KNB en haar leden zelf zijn het best geëquipeerd die kwaliteitstoetsing voor haar rekening te nemen.⁹⁰⁷ De memorie van toelichting stelt dat een belangrijk kenmerk van de kwaliteitstoetsing het intercollegiale karakter is. De toetsing is gericht op de verbetering van de kwaliteit van de beroepsuitoefening door middel van begeleiding en een open dialoog en samenwerking met de individuele beroepbeoefenaar.

Wie formuleert het normenkader aan de hand waarvan getoetst moet worden? Dat is een belangrijke vraag. De notariële deontologie en praktische protocollen zullen richtinggevend moeten zijn. Voor de formulering en vastlegging hiervan lijkt de KNB de aangewezen instantie.

7.5.3.2. *Uitwisseling van gegevens tussen KNB en BFT inzake toetsing/toezicht*

De memorie van toelichting wijst op het verschil van de verhouding tussen een ondertoezichtgestelde en de toezichthouder. De toezichtstaak van het BFT is gericht op de controle van het naleven van de geldende wettelijke voorschriften en op (het initiëren van) de handhaving daarvan.

De voorgestelde opzet is kwaliteitstoetsing door de KNB en toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften door het BFT. Zeker zit er verschil in beide, maar niet over de hele linie. De taken overlappen elkaar deels. Wat is kwaliteit? Dat is ook het naleven van de wettelijke voorschriften en de KNB-verordeningen en wat

keringen wel gaan stijgen (afgezien van mogelijke andere maatregelen als het aanscherpen van procedures en verordeningen).

906 Monitorcommissie, Eindrapport van de Commissie Monitoring Notariaat, periode 1999-2003, p. 26, aanbeveling 6.

907 Vergelijk de mededeling over kwaliteitstoetsing in de KNB-nieuwsbrie van 11 februari 2010. In de periode tot september 2009 zijn 296 kantoren met gezamenlijk 346 vestigingen bezocht voor een peer review. Hier waren 524 notarissen en 722 kandidaat-notarissen aan verbonden. Er werden 6679 dossiers ingezien. Bijna elk kantoor kwam goed uit de peer review. Ook is gebleken dat het draagvlak voor deze vorm van kwaliteitstoetsing door beroepsgenoten groot is, met name de kleinere notariskantoren spreken herhaaldelijk hun waardering uit. Wel dienden 87 kantoren een aantal zaken te verbeteren. Zij konden de genomen maatregelen schriftelijk aan de auditor melden. Daarbij ging het met name om het op schrift stellen van het Wwft-beleid dat het kantoor had ontwikkeld. Tweemaal werd een her-audit uitgevoerd, waarbij bleek dat het kantoor de geconstateerde tekortkomingen gedegen had aangepakt. In één geval leidde nadere toetsing door het auditteam tot een vrijwillige terugtrekking van de notaris uit het ambt.

In september 2008 nam de ledenraad van de KNB de nieuwe Verordening op de kwaliteit aan. Dat betekende kwaliteitstoetsing op basis van peer reviews. Bij deze peer reviews betrekken de speciaal daarvoor opgeleide auditoren het gehele spectrum van de beroepsuitoefening. Het uitgangspunt is dat jaarlijks ongeveer een derde van alle kantoren wordt bezocht. Voor de periode 2009-2010 stonden 320 peer reviews op het programma.

dies meer zij. Integriteit is ook een onderdeel van kwaliteit. Niet-integer optreden raakt ook de kwaliteit. Daarom is het opmerkelijk dat de functies bij twee instanties zijn geplaatst, maar vooral dat de uitwisseling van kennis niet uitputtend geregeld is. De intercollegiale kwaliteitstoetsing zou dermate eigensoortig zijn, dat het geen verlengstuk zou mogen worden van het toezicht. Het BFT kan daarom ook geen inzage vorderen bij de KNB in de dossiers met betrekking tot de individuele kwaliteitstoetsen. De memorie van toelichting bij het wetsontwerp stelt verder dat de KNB wel bevoegd is om dergelijke informatie met het bureau te delen. Voorts wordt het, volgens de memorie van toelichting, van belang geacht dat de KNB en het BFT afspraken maken over een goede onderlinge samenwerking, zodat er een wisselwerking kan plaatsvinden tussen de kwaliteitstoetsing door de KNB en de inzichten die daarbij worden opgedaan, en het toezichtbeleid van het BFT. Beide instanties behoren een vergaand inzicht te hebben in de resultaten van elkaars toetsing respectievelijk toezicht. Voordelen daarvan zijn dat enerzijds de andere verantwoordelijke daardoor ook op tekortkomingen zal worden geattendeerd, waardoor die ander binnen zijn verantwoordelijkheidsgebied ook tot versnelde actie kan overgaan. Anderzijds wordt de notaris niet met onnodige doublures in toetsing/toezicht belast.

Het overleg tussen KNB en BFT over de rolverdeling in toetsing en toezicht heeft niet tot sluitende afspraken geleid, maar de wetgever moest verder en werd geacht de knoop dan maar door te hakken. Het wetsontwerp geeft een goede aanzet, maar is niet compleet. Het is te veel een kwestie van het sparen van de kool en de geit. De consumenten, de notarissen en de publieke belangen zijn ermee gediend dat de wettelijke regeling dwingender wordt. Het aangevoerde argument van het verschil in attitude tussen enerzijds de kwaliteitstoetsende en anderzijds de toezichthoudende instantie kan niet overtuigen.

Natuurlijk komt de controlerende collega-notaris (net als in Frankrijk ook in Nederland hopelijk uit een andere regio) vriendelijk binnen en zal de sfeer op dat moment goed zijn en als de kwaliteit correct is, ook wel goed blijven, maar als het allemaal niet goed is en kwalitatief slecht en bijvoorbeeld de Baarns Beslagregels niet goed zijn nageleefd,⁹⁰⁸ zal de sfeer wellicht niet zo vriendelijk en collegiaal (kunnen) blijven. Er zijn notarissen waar het (welhaast) onmogelijk is bij scherpe controle de sfeer goed te houden. Soms treft men foute of nietige akten aan, omdat niet goed in de wet is gekeken respectievelijk om andere redenen de wet niet goed is nageleefd.

De toezichthouder van het BFT⁹⁰⁹ hoeft omgekeerd bij een onberispelijk presterende notaris ook niet beducht te zijn voor een slechte sfeer. De controlerende

908 Dat zal toch wel tot zowel de kwaliteitstoetsing als tot het toezicht op de regels behoren.

909 De benaming Bureau Financieel Toezicht voor deze toezichthouder dekt in toenemende mate de lading niet meer, zo ook de Raad van State in zijn advies 32 250, nr. 4, n.a.v. het voorstel tot wijziging van de Wna, p. 5.

accountants van het BFT kunnen daarover meepraten. Bij de notaris die zijn zaken goed voor elkaar heeft, zal er een prettig contact zijn. Bij de wanpresterende notaris zal het ook dan minder gezellig worden. Bij de notaris met 6407 akten per jaar⁹¹⁰ en dienovereenkomstig (te) weinig tijd per akte, zal noch de kwaliteitstoetsende noch de toezichthoudende instantie erg vrolijk en vriendschappelijk het pand verlaten. Op termijn en voor een deel lijkt er een niet erg realistisch verschil in attitude tussen de beide instanties te zijn aangebracht. De KNB is van vereniging Orde geworden. Een PBO met primair en eigenlijk uitsluitend een publieke taak.

Bij het BFT zal de beginhouding dan wellicht iets formeler zijn, maar bij de slechte gevallen zal het afscheid niet verschillen. Kortom, er is niet zo veel verschil dat daarmee een zo strikte scheiding en niet-gereguleerde uitwisseling van kennis, gerechtvaardigd is. Bovendien: het gaat niet primair om de goede sfeer, maar om een zuivere, rechtvaardige en punctuele controle.

Ook de Raad van State constateert dat de verhouding tussen de toetsing van de KNB en het toezicht van het BFT onvoldoende duidelijk is. Er is overlap en onvoldoende uitwisseling van gegevens,⁹¹¹ terwijl de Evaluatiecommissie Bureau Financieel Toezicht aanbeveelt om convenanten te sluiten tussen het BFT en de beroepsorganisaties, waarin werkafspraken zijn vervat ten aanzien van het wetmatig toezicht en de kwaliteitsonderzoeken die onder verantwoordelijkheid van de beroepsorganisaties worden uitgevoerd.⁹¹² Een goede aanbeveling, maar gezien de stagnatie van het overleg daaromtrent met verscheidene beroepsorganisaties (al helemaal met de NOvA), maar in casu ook met de KNB, zou dat dwingend geformuleerd moeten worden, met de mogelijkheid voor de minister om voorschriften ter zake op te leggen.

Ook de Evaluatiecommissie Bureau Financieel Toezicht acht het gewenst toezicht op en de kwaliteitstoetsing van de notarissen zodanig te regelen dat overlap in taken wordt voorkomen⁹¹³ en om uitwisseling van gegevens zeker te stellen,⁹¹⁴ zodat het toezicht effectiever wordt en voor de notariskantoren minder belastend kan zijn.

Het ministerie van Justitie zou daartoe een werkgroep in het leven kunnen roepen onder voorzitterschap van bijvoorbeeld een (oud-)president van een (Amsterdams) gerechtshof of een arrondissementsrechtbank om deze doelstelling te realiseren en daarvoor een convenant op te stellen.⁹¹⁵ Voor het geval ook dat

910 Hof Amsterdam 1 september 2009, LJN BL8839, en daarin opgenomen feitenrelaas van de Kamer van Toezicht: 6407 akten in het jaar 2006.

911 Advies Raad van State en nader rapport, n.a.v. wetsontwerp 32 250, rapport nr. 4, p. 3.

912 Rapport Toezicht en Inzicht, augustus 2009, p. 62, aanbeveling 9.

913 Evaluatiecommissie Bureau Financieel Toezicht, rapport van augustus 2009, Toezicht en Inzicht, een helder denkraam, p. 61, aanbeveling 8.

914 Evaluatiecommissie Bureau Financieel Toezicht, rapport van augustus 2009, Toezicht en Inzicht, een helder denkraam, p. 61, aanbeveling 4.

915 Te vergelijken met de werkgroep Interdisciplinaire samenwerking o.l.v. de oud-president van Hof Amsterdam (Van den Haak), zoals die is ingesteld op verzoek van de ministers van Economische

werkoverleg te zijner tijd mogelijk niet zou uitmonden in kwalitatieve, werkbare en de efficiëntie bevorderende afspraken, is het goed dat er nu al bij wet een artikel wordt toegevoegd dat het mogelijk maakt voor de minister van Justitie om bij algemene maatregel van bestuur ter zake een regeling op te leggen.⁹¹⁶

7.5.3.3. *Verhouding taken van toezicht/toetsing en beschikbare geldmiddelen*

Behalve een fijnmaziger regeling verdient ook aandacht de intensiviteit waarmee en de frequentie waarin de onderzoeken worden uitgevoerd. In Frankrijk gebeurt het jaarlijks bij iedere notaris. Dat kost geld. Het onderzoek door de KNB wordt hoe dan ook uiteindelijk door haar leden betaald, daar zullen voldoende middelen voor ter beschikking moeten worden gesteld, zodat de kwaliteit en effectiviteit van de taak niet in het gedrang komen.

Het BFT krijgt haar geldmiddelen van Justitie. De overheid wil/moet bezuinigen,⁹¹⁷ maar de toezichttaken worden alleen maar uitgebreid. Dat zijn contraire bewegingen. Regelingen op papier moeten ook praktisch uitvoerbaar zijn. Daarvoor moeten voldoende gelden beschikbaar worden gesteld en moet het niet gaan zoals bij het toezicht uit hoofde van de Wwft. Het Wwft-toezicht over circa 50.000 professionals is goed geregeld, maar de financiën zijn dermate krap dat het toezicht toch voor veel beroepsbeoefenaren op een veel te laag pitje staat⁹¹⁸ respectievelijk ontbreekt. Zelfs vanuit het gegeven dat er te weinig middelen zijn, moet ook het BFT haar steentje bijdragen in de tot dusverre toch overwegende kaasschaafbezuiniging die door Justitie moest en nog verder zal moeten worden doorgevoerd.

De overheid stelt een ZBO in, wijst aan die instelling toezichttaken toe en wekt daarmee de indruk dat het sluitend geregeld is. De toezichthouder kan/mag die taak alleen dan accepteren als er voldoende middelen zijn om de desbetreffende taak ook naar behoren te kunnen uitvoeren. Parlement en samenleving hebben de indruk dat het toezicht goed geregeld is. Dat is inderdaad het geval, maar de toezichthouder moet roeien met de riemen die er zijn⁹¹⁹ en die riemen zijn zodanig dat in ieder geval het Wwft-toezicht onvoldoende is. Het BFT stelt in haar jaarverslag 2009 dat er in 2010 minder onderzoeken kunnen worden uitgevoerd bij notarissen en gerechtsdeurwaarders in het kader van het Financieel Toezicht en dat er eveneens minder onderzoeken in het kader van de Wwft zullen worden

Zaken en Justitie in oktober 1999.

916 Zoals ook gebeurd is in artikel 54 lid 1 Wna 1999, ter zake van de notariële honoraria.

917 Jaarverslag BFT 2009, p. 3.

918 Evaluatiecommissie Bureau Financieel Toezicht, rapport van augustus 2009, 'Toezicht en Inzicht', een helder denkraam, p. 46: '(...) het BFT naar de mening van de commissie over onvoldoende mensen en middelen beschikt om het Wwft-toezicht over de volle omvang uit te kunnen oefenen (...) en met de aanbeveling 26: 'Het BFT dient over voldoende mensen en middelen te beschikken om zijn wettelijke taken op effectieve wijze te kunnen vervullen.'

919 Evaluatiecommissie Bureau Financieel Toezicht, rapport van augustus 2009, Toezicht en Inzicht, een helder denkraam, p. 31.

uitgevoerd.⁹²⁰ Dat is geen goede ontwikkeling. Juist bij slechte marktomstandigheden ligt eerder een geïntensiveerde toezichtsinspanning voor de hand. Ook de Evaluatiecommissie Bureau Financieel Toezicht beveelt aan het Wwft-toezicht integraal te herijken.⁹²¹ Aansprakelijkheid bij onvoldoende toezicht kan niet uitgesloten worden.

Het nu nader voorgestelde integrale toezicht op het notariaat⁹²² zal straks volwaardig moeten kunnen worden uitgevoerd. Toekennen van taken schept verplichtingen.⁹²³ Als de middelen er niet zijn, dan moet op andere wijzen in het toezicht worden voorzien⁹²⁴ en als dat ook niet kan, dan moet worden toegegeven dat het toezicht beperkt is en/of de taken verminderd worden en/of andere oplossingen worden gezocht. Ook de overheveling van taken van de kamers van toezicht op het BFT moet wel met de terbeschikkingstelling van voldoende middelen gepaard gaan. Te denken valt daarbij bijvoorbeeld aan de preventieve taak, nu nog van de voorzitters van de kamers van toezicht, die straks ook zal moeten worden uitgevoerd. In het voorgestane systeem kan die taak niet anders dan bij het BFT terecht komen. Een belangrijke functie waar binnen het notariaat veel behoefte aan is en die nu door de presidenten van de rechtbanken intensief wordt uitgevoerd. Die functie mag niet wegbezuinigd worden.

7.5.3.4. *Van drieën één*

Het wringt dus in (het gehele) toezichtsland. Het is van drieën één:⁹²⁵

1. of er komen voldoende middelen om de toegewezen taken op een verantwoord niveau uit te voeren en dat betekent groei van toezichthoudende instellingen;
2. of de taakstelling wordt beperkt;
3. of er wordt door de toezichthouders (nog) meer gebruik gemaakt van een uitbesteding van taken aan beroepsorganisaties door middel van goede en duidelijke convenanten, waarbij de toezichthouder toezicht houdt op de door de beroepsorganisaties uitgevoerde toetsingen. De beroepsorganisaties zullen dit vervolgens verder moeten uitwerken en doorschuiven naar en opleggen aan de

920 Jaarverslag BFT 2009, p. 3.

921 Evaluatiecommissie Bureau Financieel Toezicht, rapport van augustus 2009, Toezicht en Inzicht, een helder denkraam, p. 31.

922 De taak die door de presidenten van de rechtbanken wordt uitgevoerd, zal worden overgedragen aan het BFT.

923 Publicatie van het Financieele Dagblad van 16 juli 2010: Er worden nogal wat taken aan toezichthouders opgelegd. Het overheidstoezicht op het bedrijfsleven in het algemeen is in de afgelopen tien jaar bijna verdrievoudigd. Het is sinds 2006 regeringsbeleid om de toezichtslast te verminderen. Voor eind 2011 moeten toezicht en inspectie 20% van de banen schrappen, daarnaast moet de toezichtslast die het bedrijfsleven ervaart met 25% omlaag. Naar mijn mening zal bij het notariaat toetsing en toezicht alleen maar toenemen. De geldstroom vanuit het ministerie van Justitie moet daarmee in overeenstemming zijn.

924 Evaluatiecommissie Bureau Financieel Toezicht, rapport van augustus 2009, Toezicht en Inzicht, een helder denkraam, p. 62.

925 Een combinatie kan ook.

kantoren (respectievelijk andere onder toezicht gestelde instanties/personen) die in verplichte kwaliteitsprotocollen daar zelf georganiseerd en intern gereguleerd de hand aan moeten houden.

De landen kunnen niet worden dichtgebouwd met steeds maar uitdijende toezichthouders. Ik meen dat methode 3 de best haalbare is en wel in tal van sectoren van de samenleving.

7.5.3.5. Een andere benaming voor het BFT

Dan nog een opmerking ter zijde over het BFT. De benaming Bureau Financieel Toezicht voor deze toezichthouder dekt in toenemende mate de lading niet meer.⁹²⁶ Niet in te zien valt waarom niet reeds nu de benaming aan het uitgebreidere takenpakket zou kunnen worden aangepast. De memorie van toelichting geeft echter aan dat door Justitie besloten is om, in afwachting van het vervolg op de onlangs afgeronde evaluaties van het functioneren van het bureau en van de tuchtrechtelijke handhaving van de Wwft, af te zien van een nieuwe naam.

7.5.4. Ministerieplicht, full service

7.5.4.1. Territoriale spreiding en specialismen

De notaris heeft de bevoegdheid gekregen om authentieke akten te verlijden in de gevallen waarin de wet dit aan hem opdraagt of een partij dat van hem verlangt.⁹²⁷ Het is echter niet alleen een bevoegdheid, maar ook een verplichting, de keerzijde van die bevoegdheid.⁹²⁸ Alle zeventien in het kader van deze dissertatie op hun regelingen van het notariaat onderzochte Europese landen kennen een zodanige verplichting. Met uitzondering van Nederland geldt die verplichting in alle onderzochte landen, niet alleen per kantoorcombinatie, maar ook per notaris. Ook al werken notarissen in één praktijk samen, dan is in alle andere landen toch iedere notaris persoonlijk gehouden, desgevraagd, alle notariële diensten te verlenen. Geen aanmoediging tot specialisatie derhalve.

Het is een spanningsveld. Enerzijds is er de wens dat er over het gehele land een aanbod is van alle voorkomende notariële diensten. Om dat te bereiken is iedere notaris nu verplicht ook daadwerkelijk alle (gebruikelijke) notariële diensten aan te bieden. Anderzijds is er in Nederland de behoefte om te specialiseren, ook voor notarissen. Advocatenkantoren worden groter en hebben voor verschillende vakgebieden specialisten. In de gezondheidszorg bestaan er vele specialisten. Toch blijft er een grote behoefte aan huisartsen die het gehele overzicht

926 Zo ook de Raad van State in zijn advies 32 250, nr. 4, n.a.v. het voorstel tot wijziging van de Wna, p. 5.

927 Artikel 2 Wna.

928 Artikel 21 Wna.

nog hebben, de eerstelijnszorg. Ook de brede notariële eerstelijnszorg zal wel ruimschoots blijven bestaan. Stellig zal in veel plaatsen de allround notaris in een behoefte blijven voorzien en de meest voorkomende en gebruikelijke akten kunnen en blijven passeren.

De grote spreiding van de plaatsen van notariële vestiging over Nederland is nog steeds een feit. Maar inmiddels zijn veel klanten bereid een eind te rijden om de goedkopere notaris te bereiken. Dat geldt ook voor de specialistisch werkende notaris. Postkantoren, gemeentelijke balies, banken, ziekenhuizen en vele andere diensten worden meer geconcentreerd aangeboden. Vervoer is minder dan vroeger een probleem. De spreiding ook van notarissen zou wel minder mogen en kunnen. De huisarts en de ambulance heeft men, met reden, liever dichtbij.

7.5.4.2. *De drie opties van Verstappen*

Verstappen constateert dat de door de wetgever opgelegde ministerieplicht in de vorm van het bieden van full service, wellicht een farce is, zeker in het licht van de door dezelfde wetgever zo gewenste marktwerking in het notariaat.⁹²⁹ Hij stelt verder dat het van drieën één is:

1. de full service blijft voor ieder kantoor verplicht, maar dan moet er ook daadwerkelijk gehandhaafd worden, hetgeen hem buitengewoon lastig lijkt;
2. de verplichting wordt afgeschaft, als zijnde onwaarachtig: verplichte dienstverlening verdraagt zich niet met vrije marktwerking;
3. creëer een tweede soort notarissen, de partijnotarissen die geen dienstplicht hebben, maar ook beperkt passeerbevoegd zijn.

Sub 1: de full-serviceverplichting wordt gehandhaafd

Full service wordt niet daadwerkelijk en effectief gehandhaafd. Het werd niet gehandhaafd onder de Wna van voor 1999 noch onder de huidige wet. Dat zou inmiddels ook lastiger zijn. De prijs kan zodanig hoog worden gesteld dat de klant zijn weg (via de bekende prijszites) wel zal zoeken naar een goedkoper kantoor.⁹³⁰ Vrije prijsvorming maakt inmiddels handhaving illusoir. Full service vindt al vele jaren niet meer overal plaats. Sinds de volledige vrijlating van de tarieven in 2003 met een feitelijke legitimatie, doordat eenvoudigweg niet-concurrerende (en soms erg veel hogere) tarieven voor bepaalde aktesoorten worden gehanteerd.

929 Verstappen, L.C.A., *De Praktijcke van de Notaris* (inaugurele rede Groningen), 2000, *Ars Notarius* CVI, p. 10.

930 Zij het dat daar wel grenzen aan zijn. Als er over de declaratie geschillen zijn, dan kan de meest gereede partij zich wenden tot de ringvoorzitter. De ringvoorzitter is gehouden de declaratie volledig te toetsen (Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State 23 april 2003, NM 03/5).

Sub 2: de full service wordt niet langer verplicht gesteld

Bij afschaffing van de full-serviceverplichting gaat het dan zoals het bij de interdisciplinaire samenwerking (IDS) ging: eerst is de IDS een feit en pas (veel) later wordt het toegestaan en worden de voorwaarden vastgesteld.

De KNB heeft als Orde een afdeling Handhaving⁹³¹ ingesteld en houdt nieuwe ontwikkelingen nauwkeurig in het oog en treedt ook daadwerkelijk op (zoals het ook past bij een PBO).

Echter, een langzaam ingeburgerde en overduidelijke wetsovertreding als de niet-nakoming van de volle ministerieplicht, te weten de full service, werd en wordt coulant behandeld. Hoewel de overtredingen ook bij de KNB en de Kamers van Toezicht bekend zijn, werden en worden door geen van deze instanties acties tot nakoming ingesteld respectievelijk klachten ingediend. Door de feitelijke mogelijkheid voor notarissen om zich door tariefstelling aan de ministerieplicht te onttrekken, is het afdwingen van de ministerieplicht door de invoering van de vrije tarieven inmiddels vrijwel onmogelijk gemaakt.

Sub 3: creëer een tweede soort notarissen

Verstappen oppert als derde mogelijkheid een tweede soort notarissen, die geen dienstplicht hebben, maar ook beperkt passeerbevoegd zijn. Een variant op deze gedachtegang werd twee jaar later (in 2002) ook door Gisolf bepleit. Gisolf stelt dat het volstrekt duidelijk moet zijn in welke hoedanigheid de notaris een zaak behandelt: als notaris of als notarieel adviseur en de partij-notaris moet klare wijn schenken.⁹³² Hij was president van de Rechtbank Amsterdam en in die hoedanigheid voorzitter van de Kamer van Toezicht in die plaats. Gisolf heeft gedurende een reeks van jaren het notariaat met name in het bepaald niet ingeslapen en notarieel rustige arrondissement Amsterdam van zeer nabij kunnen en moeten beschouwen. Volgens zijn waarneming hebben zich in de laatste jaren (vóór 2002) bizarre gevallen voorgedaan van notariële rolvervaging. Hij pleit ervoor om het notarieel adviseurschap en het notarisambt uit elkaar te halen.

Uit de Verordening beroeps- en gedragsregels blijkt dat het de notaris is toegestaan als partijadviseur op te treden.⁹³³ De verordening geeft aan dat de notaris die als partijadviseur optreedt, dit jegens derden tijdig (direct) kenbaar moet maken. Er mag geen enkel misverstand bestaan omtrent de rol van de notaris. Toch komen er kennelijk bizarre gevallen van rolvervaging voor.

Waaier heeft eveneens zijn bedenkingen.⁹³⁴ In de grote vaak internationale transacties, waar iedere partij volledig geëquipeerd is inzake juridische bijstand, hoeft niet te worden gevreesd voor juridische onkunde en feitelijk overwicht en

931 Die haar instrumentarium en optreden ontleent aan de artikelen 96 en 99 Wna.

932 FD 28 december 2001 en NRC Handelsblad 28 januari 2002.

933 Artikel 25 Verordening beroeps- en gedragsregels.

934 Hoogleraar aan de UvA en notaris binnen een interdisciplinair kantoor.

acht hij de partijdige notariële adviseur acceptabel. Maar buiten die context plaatst hij er vraagtekens bij. Bovendien merkt hij op dat een groot economisch voordeel van het Latijnse notariaat daarmee wordt opgegeven: in plaats van één notaris twee (of meer) juridisch adviseurs, met alle extra transactiekosten van dien.⁹³⁵ Dit laatste economische element staat op zich. Het is inderdaad juist dat dan afstand wordt gedaan van het grote economische voordeel in transactiekosten van het Latijnse notariaat ten opzichte van bijvoorbeeld het Angelsaksische systeem met voor elke partij een juridisch adviseur, maar dat nadeel is relatief. In de gebruikelijke en daarmee verreweg de meeste notariële akten, kan immers heel goed met één onpartijdig notarieel jurist voor alle partijen en dus beperkte kosten worden volstaan. Worden de transacties ingewikkelder, groter en vaak ook internationaler, dan zal de behoefte aan een duidelijk partijdig juridisch advies de boventoon voeren. En dan zijn we weer bij het uitgangspunt van Waaijer, dat hij het eigenlijk vooral in die situaties acceptabel acht dat de notaris partijdig wordt. Dan blijft wel het probleem dat Waaijer ook schetst, dat de notaris daarmee een diffuus beeld oproept: nu eens partijdig dan weer onpartijdig.

Gisolf wil (bij wet) notarieel adviseurschap en notarisambt uit elkaar halen, Waaijer zet (buiten de grote internationale context) zijn vraagtekens en Verstappen oppert de mogelijkheid om een tweede soort notarissen te creëren die dan ook beperkte passeerbevoegdheid hebben. De problematiek is wel duidelijk: deze tweeslachtige rol van de notaris kan een diffuus beeld oproepen en dat is op zich ongewenst. In ieder geval zal er volstreekte duidelijkheid bij alle betrokkenen moeten zijn welke rol de notaris vervult, zoals dat ook bij de advocaat tevens rechter-plaatsvervanger wel heel manifest is.

Kortmann gaat nog twee stappen verder en stelt dat voor een rolwisseling van de notaris het niet alleen vereist is dat de betrokkenen daarmee instemmen, maar tevens dat zij over voldoende juridische deskundigheid beschikken om te overzien wat dit impliceert.⁹³⁶

Ook Boonacker is van mening dat de rol van de notaris duidelijker moet worden vastgelegd. Hij stelt voor dat vóór iedere transactie de notaris met zijn opdrachtgever een schriftelijke overeenkomst van opdracht aangaat. In die overeenkomst van opdracht geeft de notaris onder meer aan of hij optreedt als notaris of als partijadviseur.⁹³⁷

Intussen zijn er meer notarieel juristen die gekozen hebben voor weer een andere optie: de rol van *free rider*: het uitoefenen van de notariële adviespraktijk als niet-notaris. Daarmee hebben zij geen ministerieplicht, geen full-serviceverplicht-

935 Waaijer, B.C.M., *De Notariswet* (Melis), 7e druk, Deventer: Kluwer 2003, p. 41.

936 Kortmann, S.C.J.J., *Het professioneel juridisch advies; Preadvies* Nederlandse Juristen-Vereeniging 2004, Series: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging*, 134/1, Deventer: Kluwer 2004, p. 223.

937 Boonacker, R., *De onpartijdigheid van de notaris*, dissertatie 2 november 2006, Universiteit van Amsterdam p. 142, uitgave door Robert Boonacker.

ting, geen voorgeschreven onafhankelijkheid en onpartijdigheid, geen toezicht en geen tuchtrecht, wel de mogelijkheid om met welke andere professional dan ook samen te werken. Kortom, zij zijn niet gebonden aan de strenge zekerheidsregels van de Wna, maar daarmee ook niet aan toezicht en notarieel tuchtrecht. Daarmee is de onduidelijkheid opgelost, maar zijn tal van waarborgen voor een zuivere beroepsuitoefening ook verdwenen.

Een andere mogelijke oplossing is inderdaad het (op elkaar gelijkende) voorstel van Gisolf⁹³⁸ en de door Verstappen geopperde derde weg om een nieuwe notariële functionaris te creëren. Onduidelijk is echter wat die notaris wel en niet mag. En hoe gaat het als er twee of meer partijdige notariële adviseurs zijn? Wie passeert dan de akte? Een van die notarissen kan de akte passeren, als hij tenminste ook bij Verstappen voor dat deel van het vak passeerbevoegd is, of een derde notaris passeert de akte en doet dan weinig meer dan registreren.

In de anno 2011 bestaande situatie, waarbij de partijnotaris een geaccepteerd fenomeen is, kan eveneens een van de mogelijk meerdere partijnotarissen, de akte passeren. In die registrerende rol, na de wederzijdse *Belehrung* en *Beratung*, zal de passerende notaris inhoudelijk weinig meer toevoegen, maar wel de formaliteiten vervullen conform de notariële regels. Die mening is ook Heyman toegedaan.⁹³⁹ Als een van de partijnotarissen aldan in goed overleg en met uitdrukkelijke toestemming van alle partijen gaat passeren, dan werkt de voorheen partijdige notaris als passeernotaris, hoe gekunsteld ook, toch weer onpartijdig, hoewel hij toch weer even partijdig zal moeten worden als zich tijdens het passeren alsnog een probleem voordoet! En daarmee is dan door die twee wisselend opgezette petten, het beeld precies zo diffuus geworden als waar Waaijer zich begrijpelijk zorgen om maakt en waarom Verstappen en Gisolf een nieuwe notariële rechtsfiguur opperen.

Afschaffen van de huidige praktijk lijkt geen oplossing.⁹⁴⁰ Immers, in de door Waaijer geschetste gecompliceerde situaties is er een grote behoefte aan partijdig en vaak gespecialiseerd advies, zeker in het contact met de Angelsaksische cliënten. In die behoefte moet blijvend voorzien kunnen worden.

Ik pleit voor het voortzetten van de huidige praktijk⁹⁴¹ maar het voorschrift van het direct en onmiskenbaar duidelijk maken dat de notaris partijdig is, moet steviger worden verankerd. Daartoe kan bijvoorbeeld aan artikel 25 van de KNB-verordening beroeps- en gedragsregels een tweede lid worden toegevoegd, waarin

938 In het voorstel van Gisolf mag ook de notarieel adviseur het monopolie van het passeren van authentieke akten uitoefenen.

939 Heyman, H.W., Onafhankelijkheid en onpartijdigheid, WPNR 99/6363, p. 495.

940 Daar speelt dan ook nog tussendoor artikel 19 e.v. van de Verordening beroeps- en gedragsregels, waarbij de partijdige notaris erop moet toezien dat niet een kantoorgenoot voor een andere partij gaat optreden (artikel 19 lid 2). Ook wordt daar vermeld dat de onpartijdige notaris moet voorkomen dat een kantoorgenoot gaat optreden voor één of meer van de partijen (artikel 19 lid 1), tenzij partijen hiermee instemmen.

941 Zie ook mijn reactie op Gisolf in het FD, eveneens in NRC Handelsblad van 28 januari 2002.

de passerende notaris wordt verplicht om in geval van optreden van hem en/of een andere notaris als partijnotaris, dit in de notariële akte te vermelden. Ook moet dan worden vermeld dat zijn eventueel opvolgende rol als passeernotaris met instemming van alle bij de akte betrokken partijen heeft plaatsgevonden. Door ondertekening van de akte stemmen partijen alsdan ook met die strofe in. Bij de kwaliteitstoetsing door de KNB zal ook op dit onderdeel gecontroleerd moeten worden.

Verstappen noemt nog als extra voorwaarde dat er dan van de kant van de wederpartij (degene voor wie de partijnotaris niet optrad) een deskundige (gekwalificeerd jurist, advocaat of notaris) heeft opgetreden.⁹⁴² Daarvan moet dan blijken uit het medeondertekenen van de akte. Een evenwichtige gedachte die eerder ook al door Heyman was geuit.⁹⁴³ Het zal een verzwaring van de transactiekosten betekenen, maar er wordt wel mee bereikt dat in ieder geval beide partijen deskundig *'belehrt en beraten'* worden. Meent de aldus beschermde wederpartij van de partijnotaris dat hij zelf voldoende deskundig is (en ik ken die cliënten), dan moet daarvan ook aantekening in de akte worden gemaakt. Dit zou naar mijn mening een waardevolle aanvulling kunnen zijn.

7.5.4.3. *Generalist en specialist naast elkaar*

Over generalisme en specialisme heb ik eerder een aantal opmerkingen gemaakt:⁹⁴⁴

1. een breed landelijk aanbod van alle gebruikelijke diensten is gewenst;
2. het is wenselijk dat een gespecialiseerde notaris toch ook (enigermate) met andere gebruikelijke notariële rechtsgebieden bekend is;
3. hoe geringer de vakinhoudelijke inbreng van een notaris bij de notariële dienstverlening wordt, hoe minder bezwaarlijk een brede ministerieplicht is. Met andere woorden: hoe meer de rol van de notaris marginaliseert, hoe meer hij tot stempelaar verwordt, hoe geringer de ministerieplicht een probleem is. Hoe geringer immers de kennis van het desbetreffende vakgebied hoeft te zijn, hoe gemakkelijker door iedere notaris de desbetreffende akte kan worden opgesteld. Het uiteindelijke gevolg van een dergelijke verschraling van de vakkennis zou op termijn kunnen zijn, dat in geval van marginalisering en de bijbehorende lage tarieven grote delen van de nu nog notariële advisering en de voorbereiding van de akten (niet het passeren van de akten) vrij eenvoudig door andere juristen zou kunnen worden overgenomen. De andere juristen zullen doordat zij zich wel mogen specialiseren, de vakinhoudelijke competitie uiteindelijk

942 Verstappen, L.C.A., *De Praktijcke van de Notaris* (inaugurele rede Groningen), 2000, *Ars Notariatus* CVI, p. 13.

943 Heyman, H.W., *De positie van de notaris. Onpartijdigheid versus partijadvies*, in: *Heden verscheen voor mij...*, liber amicorum A.L.M. Soons (de Soons Bundel), Arnhem 1995, p. 298.

944 Plaggemars, A.D., in: *Quo vadis notariatus?*, symposium 14e lustrum Vevanos Utrecht, *Ars Notariatus* CXIX, p. 27 en 28, Deventer: Kluwer 2003.

gaan winnen. Het notariaat zou dan het nakijken hebben en tot passeernotariss van door andere wel gespecialiseerde instanties opgemaakte akten kunnen verworden;

4. als de full-serviceverplichting zou worden afgeschaft, dan zou de ministerieplicht voor de wel gekozen vakgebieden wel moeten blijven bestaan. In het (ter zake te openen en door de KNB te beheren) register zal dan ook aantekening moeten worden gemaakt, welke notaris welke diensten aanbiedt;⁹⁴⁵
5. de beroepsopleiding zou wel breed moeten blijven, juist om de kennis op de andere vakgebieden toch enigermate te bevorderen. Voor de wel gekozen vakgebieden zou een specialistische kopcursus kunnen worden gevolgd;⁹⁴⁶
6. eventueel zou om toch enigermate aan het onder 1 gestelde tegemoet te komen, een specialisatie pas goedgekeurd kunnen worden door de bevoegde instantie (de KNB), indien binnen een nader te bepalen afstand de andere gebruikelijke notariële diensten ook worden aangeboden.

Dat was in 2003. Toen en nu nog waren/zijn het vooral de grotere kantoren die specialiseren. Het zal voor een deel in een behoefte voorzien om ook de solitaire kantoren in de gelegenheid te stellen zich te specialiseren en zich daarmee in een bepaalde niche te bekwamen. Algemene kantoren zullen zeker (in overwegende mate) blijven voorkomen, zoals ook nu het aantal solitaire algemene kantoren nog steeds aanzienlijk is. Er zal altijd wel iemand zijn die er brood in ziet om een bepaalde leemte te vullen.

Daarnaast is het grote probleem hoe in de komende jaren te voorzien in al die te verwachten vacatures van solitaire kantoren, voor een deel ook op te lossen door notarissen die zich niet als solitaire generalist, maar wel als solitaire specialist willen vestigen, de gelegenheid daartoe te bieden. Met andere voorgestelde maatregelen zou hierdoor het ambt van notaris voor bepaalde categorieën juristen daarmee wellicht meer aantrekkingskracht verkrijgen. Zeker voor gespecialiseerde zijinstromers zou het ambt wel eens een stuk aantrekkelijker en ook bereikbaarder kunnen en moeten worden gemaakt.

De eigenlijk formeel nog niet toegestane, maar wel veelvuldig gepraktiseerde specialisatie, heeft toch mede gemaakt dat er binnen het notariaat een grote specialistische deskundigheid aanwezig is op vrijwel alle notariële rechtsgebieden.⁹⁴⁷ Hoe bekritiseerd ook door veel *Nur*-notarissen, de IDS-kantoren hebben daar in belangrijke mate aan bijgedragen. Huisarts en specialist kunnen heel goed naast elkaar bestaan en zijn complementair. Evenzo kunnen notarieel generalist en

945 Er zouden ook specialistenverenigingen een extra impuls krijgen respectievelijk erbij komen.

946 Zo ook F.D. Rosendaal in *Notariaat in de steigers*, *Ars Notariatus* 133, p. 53: Een divers notariaat heeft behoefte aan een daarop aangepaste beroepsopleiding. Inmiddels gebeurt dat al.

947 De hele stap moet in de wetgeving nu maar eens gemaakt worden. Vergelijk de gezondheidszorg. Daar mag zelfs een gespecialiseerde arts een handeling niet langer verrichten als hij deze niet een minimum aantal keren per jaar uitvoert.

specialist naast elkaar bestaan. Mogelijk wordt doorverwijzing dan ook meer dan nu aangemoedigd van de generalistische notaris naar de specialist. De generalist hoeft immers niet meer bang te zijn dat de specialist de doorgestuurde klant ook voor werkzaamheden op andere vakgebieden bij zich houdt.

Een redelijke territoriale spreiding, hoewel door de goede verbindingen minder noodzakelijk dan vroeger, blijft in beperktere mate, gewenst. Maar voorkomen moet worden dat de echte deskundigheid zich alleen bij een beperkt aantal grote kantoren en daarnaast buiten het notariaat (o.a. *free riders* en gespecialiseerde advocaten) gaat ontwikkelen. Het vertrouwen in de notaris is nog steeds een groot goed, toch wordt professionalisme steeds meer aan deskundigheid en steeds minder aan vertrouwen gekoppeld.⁹⁴⁸ Bij die ontwikkeling past een uitbreiding van de mogelijkheden om meer deskundigheid niet alleen te kunnen vergaren, maar ook te mogen praktiseren, waardoor de deskundigheid nog meer wordt bevorderd. Dat past bij een pluriforme ontwikkeling van het Nederlandse notariaat.

7.5.4.4. *Diverse meningen over de ministerieplicht*

Het CPB⁹⁴⁹ breekt een lans voor meer concurrentie tussen notarissen en pleit in dat kader voor het invoeren van de mogelijkheid van specialisatie. Ook Baarsma is voor het geheel afschaffen van de ministerieplicht. Zij wil daarmee de toetredingsmogelijkheid bevorderen. Zij stelt dat de ministerieplicht de toetreding van kandidaat-notarissen door het opzetten van een nieuw kantoor of het overnemen van een solitair kantoor in de weg staat. Door afschaffing van de ministerieplicht wordt dus volgens haar specialisatie mogelijk en dus ook toetreding vereenvoudigd.⁹⁵⁰ Ik ben het wat die consequentie van die afschaffing betreft, in grote lijnen wel met haar eens. Zij het dat ik dat niet zou willen bereiken door het volledig afschaffen van de ministerieplicht, maar door het modificeren ervan, het afschaffen van de full-serviceverplichting. Per gekozen en bij de KNB gemelde specialisatie zal dan wel een ministerieplicht moeten blijven bestaan. Toetreding en met name ook zij-instroom zal met de verdere mogelijkheid tot specialisatie inderdaad bevorderd kunnen worden.

De monitorcommissie schrijft over de ministerieplicht, dat die niet meer van deze tijd is en de complexiteit van de hedendaagse notariële praktijk miskent. De monitorcommissie geeft daarbij aan dat de concurrentie en de aantrekkelijkheid van het beroep gediend zijn bij meer ruimte voor zelfstandige specialisatie. De commissie beveelt daarom aan de ministerieplicht zodanig te wijzigen, dat

948 Kwak, A.J., Van notabele naar expert, over het veranderde juristenbeeld, *Sociologische gids* (48), 2001-1, p. 85-101.

949 Visie op de marktwerking in het notariaat van 16 mei 2006 aan de vaste commissie voor Justitie, van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

950 Baarsma, B., Kroonverjaardag marktwerking in het notariaat: Tijd voor een feestje?, *Ars Notarius* 143, Deventer: Kluwer 2010, p. 32.

zelfstandige (gespecialiseerde) praktijkvormen (in loondienst) kunnen worden uitgeoefend.⁹⁵¹

De aanbeveling van de monitorcommissie van de notaris in loondienst bij niet-notarissen vond bij de (toen net aangetreden) minister van Justitie (Donner) totaal geen genade. Maar wat de minister erbij zei, was dat het opheffen van de full-serviceverplichting voor de notaris en daarmee de verkaveling van de notariële taak, de loondienstverhouding van de notaris bij derden wel in de hand zou kunnen werken. Dat was toen voor de KNB een reden temeer, om op dat moment niet te zeer te gaan voor de afzwakking van de ministerieplicht.

De monitorcommissie ging ervan uit dat een versoepeling van de ministerieplicht de concurrentie zou bevorderen. Door de aantrekkelijkheid aldus te bevorderen, zouden er meer gegadigden komen om notaris te worden, bijvoorbeeld in een gespecialiseerde familiepraktijk. Dat zou inderdaad, zoals hiervoor ook is opgemerkt, voor een bepaalde categorie de aantrekkelijkheid van het ambt wel eens fors kunnen verhogen.

De commissie Evaluatie Wet op het notarisambt (Hammerstein)⁹⁵² heeft de ministerieplicht totaal anders benaderd dan de monitorcommissie. Deze laatste commissie geeft als haar mening dat het niet goed denkbaar is dat de notaris, zonder afbreuk te doen aan de kwaliteit van de dienstverlening, cliënten zou kunnen adviseren over de consequenties van vastgoedtransacties zonder over een brede basiskennis te beschikken van het huwelijksvermogensrecht, het erfrecht, het ondernemingsrecht en de belangrijkste fiscale gevolgen.⁹⁵³ Deze commissie acht het derhalve van belang de ministerieplicht te handhaven. Maar, zo vervolgt zij: de ministerieplicht mag niet als een keurslijf gaan werken. Daarom adviseert zij onder meer dat notarissen doorverwijzingsafspraken kunnen maken met kantoorgenoten of met notarissen werkzaam op andere kantoren. Voorwaarde is dat het belang van de cliënt in kwalitatieve zin met de doorverwijzing is gediend, omdat de doorverwijzende notaris zelf niet over de vereiste zeer specialistische kennis beschikt om de belangen van de cliënt optimaal te kunnen behartigen.⁹⁵⁴ Voor dergelijke situaties zou er zelfs een doorverwijsplicht kunnen worden ingevoerd.

Het KNB-bestuur is anno 2010 van mening dat de ministerieplicht niet moet worden afgeschaft, maar anders moet worden uitgelegd. De plicht tot ministerieverlening schuift in die gedachte op van een individuele naar een meer col-

951 Eindrapport Commissie monitoring notariaat, periode 1999-2003, februari 2003, p. 26, aanbeveling 4.

952 Rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het Notarisambt, Het beste van twee werelden, september 2005, p. 46-48.

953 Rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het Notarisambt, Het beste van twee werelden, september 2005, p. 47, 3e alinea.

954 Rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het Notarisambt, Het beste van twee werelden, september 2005, aanbeveling 5.2, p. 48.

lectieve verantwoordelijkheid.⁹⁵⁵ De KNB stelt zich vervolgens op het standpunt dat aan die collectieve verantwoordelijkheid mogelijk nader vorm moet worden gegeven. Die nadere vorm moet volgens de KNB dan worden gegeven als blijkt dat de markt niet langer voorziet in voldoende toegankelijkheid tot alle notariële dienstverrichtingen. Het is beter nu al duidelijkheid te creëren door middel van een proactieve wetgeving. Het heeft, zoals hiervoor aangegeven en zoals in deze dissertatie verdedigd wordt, de voorkeur om per notaris respectievelijk per kantoor de ministerieplicht wel op te leggen, maar alleen voor die vakgebieden waarvoor een uitdrukkelijke keuze is gemaakt. De KNB kan alsdan invulling geven aan de door haar geopperde collectieve ministerieplicht door te monitoren of er voor ieder notarieel vakgebied een verantwoorde territoriale spreiding over het land behouden blijft.

7.5.4.5. *De wetgever over de ministerieplicht*

De regering heeft de voormelde adviezen van de commissie-Hammerstein ook hier heel serieus genomen en komt in het wijzigingsvoorstel van wet 32 250 tot onder meer de volgende (reactieve) wetsvoorstellen, in de vorm van de toevoeging na artikel 21 lid 2 Wna van 3 leden, inhoudende dat:

- de notaris op verzoek van een partij mag doorverwijzen naar een andere notaris binnen hetzelfde kantoor of binnen het samenwerkingsverband waarvan hij deel uitmaakt, mits die notaris het verzoek wel aanvaardt;
- de notaris ook kan doorverwijzen naar een andere notaris, ook weer mits op verzoek van een partij en mits die andere notaris het verzoek daartoe aanvaardt en de werkzaamheden niet algemeen gebruikelijk en van een zodanige aard zijn dat het belang van de verzoekende partij met de doorverwijzing wordt gediend.

Doorverwijzing naar een notaris buiten het eigen kantoor mag in die visie dan dus alleen als de werkzaamheden niet algemeen gebruikelijk zijn en het belang van de verzoekende partij ermee wordt gediend.

Een knap compromis om het aldus te formuleren en het zou ook uitvoerbaar en te handhaven zijn als er een systeem van gereguleerde tarieven zou bestaan. De gewenste en noodzakelijke deskundigheid in de niet algemeen gebruikelijke werkzaamheden prevaleert in deze voorgestelde wettekst. En binnen het eigen kantoor mag doorverwijzing altijd. De wetgever formuleert bij de verwijzing binnen het eigen kantoor een praktijk die al sinds tientallen jaren gebruikelijk, maar nog niet geformaliseerd is. Met de tweede wijziging, de doorverwijzing naar een notaris buiten het eigen kantoor, wordt toch een veel minder gebruikelijke weg betreden. Het gaat er dan maar om wat als niet algemeen gebruikelijk wordt

⁹⁵⁵ De beleidsnotitie van het bestuur van de KNB van voorjaar 2010: In transitie, een beleidsrichting voor de komende tijd, p. 6.

ervaren. De beursgang zal in Vlagtwedde niet gebruikelijk zijn, evenmin als de overdracht van mestquota in Amsterdam-Zuid. Als deze voorstellen tot wet verheven zouden worden, is een ruimhartig beleid ten aanzien van wat niet algemeen gebruikelijk is, gewenst.

Probleem is wel dat de doorverwijzing naar een ander kantoor dan wel zou mogen onder de nieuwe wet, maar dat afgewacht moet worden hoe ruim daarvan gebruik gemaakt zal worden. Immers, een generalistisch werkende notaris zal niet zo gauw naar een kantoor doorverwijzen dat eveneens alle andere diensten aanbiedt. Er zal zorg bestaan bij de doorverwijzende notaris dat de klant het bij die collega naar zijn zin heeft en daar met zijn toekomstige zaken ook naartoe zal gaan. Het voorschrift maakt daarmee een goede kans een vrijwel dode letter te worden.

Het te verwachten resultaat van de nieuwe wettelijke doorverwijsregeling zou wel heel mager zijn en de vraag kan dan ook worden gesteld in welke behoefte met deze nieuwe wettekst wordt voorzien. Dogmatisch wordt een flinke stap gemaakt, in de praktijk zal het door zijn reactieve karakter weinig nieuwe vruchten dragen.

Nogmaals: ik bepleit dat de voorsomschreven grotere stap in aanpassing van de ministerieplicht wordt gemaakt en inmiddels al helemaal is geïndiceerd door het systeem van vrije tarieven.⁹⁵⁶ Dat heeft als consequentie, naast de andere genoemde argumenten, dat de full-serviceverplichting, als gemeld, dient te worden afgeschaft.

7.5.4.6. *Consequenties van de opheffing van de full-serviceverplichting*

Mogelijk zullen in geval van afschaffing van de full-serviceverplichting, meer studenten gaan kiezen voor de notariële studie en zullen meer kandidaten zich aangetrokken gaan voelen tot het ambt van notaris. De opvolging van de vele solitaire kantoren zal door een extra variant meer gegadigden aantrekken. *Small* kan dan door het specialisme op onderdelen ineens weer *beautiful* zijn. Dan zal wellicht de tiende stelling van Verstappen bij zijn dissertatie van 29 februari 1996 te Nijmegen gelogenstraft worden. Hij ging er toen (in 1996) van uit dat over twintig jaar de wetgeving een omvang en complexiteit zou hebben die het in strijd met de eer en waardigheid van het ambt zouden maken om nog solitair notaris te zijn. Door specialisatiemogelijkheden gecombineerd met generalisme voor de algemene praktijk zal het notariaat ook in de toekomst verantwoord door een solitair werkende notaris kunnen worden uitgeoefend.

Het notariële palet zal door de mogelijkheid van specialisatie per notaris kleurrijker worden en het notarisambt voor een groter aantal studenten en mogelijk ook zij-instromers aantrekkelijker en beter bereikbaar, bijvoorbeeld voor vakdeskundigen die (deels) aan de universiteit of in de rechterlijke macht werkzaam zijn.

⁹⁵⁶ In deze dissertatie wordt weliswaar bepleit weer bepaalde tarieven in te voeren, maar wordt er ook van uitgegaan dat dit een beperkte operatie zal zijn.

Opheffing van de verplichting van full service per notariskantoor zal ook het aantal generalisten verder doen verminderen. Desalniettemin zullen vele en wellicht de meeste kantoren het gehele pakket aan diensten als generalist wel blijven aanbieden. Binnen het Latijnse notariaat zou het Nederlandse notariaat daarmee na de afschaffing van de *numerus clausus* en de tariefregeling weer een stapje verder van de Europese lijn⁹⁵⁷ verwijderd raken. Niet dat daarmee gezegd is dat niet iedere EU-lidstaat voor primair de beste bij dat land en deze tijd passende lijn zou mogen en moeten kiezen. Ieder land heeft zijn eigen tradities en daarbij passende rechtspraktijk. Nederland komt, als transitland, meer dan veel andere landen van het Europese continent in contact met Angelsaksische partijen en juridische professionals. Dat heeft invloed op de ontwikkelingen, ook in de notariële praktijk en regelgeving.

7.5.5. De toegevoegd notaris

Eind jaren zeventig van de vorige eeuw heeft een actiegroep ervoor geijverd om de substituut-notaris in te voeren. een kandidaat-notaris die naast zijn werkgever permanent bevoegd zou zijn om akten te passeren.⁹⁵⁸ De positie van de kandidaat-notaris was zeker in die en vooral eerdere jaren veelal niet zo aantrekkelijk, de salarissen lagen beneden die van overheid en bedrijfsleven en de kansen om tot notaris benoemd te worden, lieten vaak lang op zich wachten.⁹⁵⁹ De positie is weliswaar verbeterd, de salarissen zijn bijgetrokken en de wachttijden (op een benoeming tot notaris) zijn (veel) korter geworden, maar ook nu nog is er veel kritiek op de notaris als werkgever. De werkgroep II van de KNB meldt dat veel kandidaat-notarissen overwegen het vak te verlaten en dat gebeurt ook. Als reden

957 Een Europese lijn ofwel een gemiddeld beeld van het Europese notariaat, zoals te ontdekken valt in de overzichten in het Tweede Luik. Dat wil zeggen met wel full service, tarieven, *numerus clausus* en beperkte reclame.

958 De actiegroep, eind jaren zeventig van de vorige eeuw, bestond onder andere uit de (toen nog) kandidaat-notarissen K. de Lange, J.R. Deinum, G.J. van Drimmelen, M. van Exel en als notarissen onder meer L. Kostering en de auteur van deze dissertatie.

959 Een onbekend gebleven dichter heeft de positie van kandidaat-notaris in droevige bewoordingen beschreven:

Hebt ge wel ooit een mens ontmoet
Wiens aardse lot zo naar is
Als dat van iemand die zich noemt
Een kandidaat-notaris?
En uit dit alles blijkt het klaar
Dat er geen grooter blaar is
Dan die waarop voor jaren zit
De kandidaat-notaris.
En daarom noem ik vrijelijk hem
Een grooten dromedaris
Die in't vervolg zich nog bekwaamt
Voor kandidaat-notaris.

daarvoor worden genoemd de algemene problematiek van het notariaat, de recessie, maar ook het gebrek aan management- en communicatievaardigheden bij werkgevers en de doorgaans ondermaatse arbeidsvoorwaarden.⁹⁶⁰ De KNB heeft er bij verscheidene gelegenheden voor gepleit om de benaming kandidaat-notaris te vervangen. In de eerder genoemde notitie 'in Transitie' bevestigt het KNB-bestuur dat standpunt,⁹⁶¹ maar dat betreft uitsluitend de benaming. Uitsluitend de benaming opwaarderen lijkt niet de oplossing. De inmiddels afgevoerde notaris in loondienst en in het voorliggende wetsontwerp de toegevoegd notaris lijken in een behoefte te voorzien, mogelijk als overgangsfase naar het notarierschap met een eigen plaats van vestiging, maar stellig ook voor een aantal kandidaten die nimmer risicodragend notaris willen worden, maar wel het vak graag uitoefenen.

Een goed wetsvoorstel ligt voor. In het buitenland komt een figuur als de toegevoegd notaris niet veel voor. In Duitsland is ook het aantal kandidaten, de zogenoemde assessoren, niet zo groot.⁹⁶² Bovendien blijft de assessor in Duitsland slechts korte tijd acteren in die rol en kan hij vrij snel overstappen naar het notarierschap. De assessor wordt door de Kamer toegewezen aan een notaris en dat gebeurt niet op grote schaal. Uitgangspunt is de betrokkenheid van de notaris persoonlijk groot te houden. Daar passen niet veel assessoren, maar ook geen toegevoegd notarissen bij. De assessor heeft, door de korte wachttijd, niet zo'n behoefte aan nog een tussenstap in de vorm van een toegevoegd notarierschap.

In België heeft de notaris-titularis een vaste plaats van vestiging (in België nog genoemd de standplaats). Binnen de schoot van de professionele vennootschap van de notarissen kan een geassocieerd notaris worden benoemd, terwijl ook Frankrijk de *notaire associé* kent. In Nederland gaat de toegevoegd notaris die rol vervullen.

In titel IIIA van het voorstel van Wijziging van de Wet op het notarisambt (32 250) wordt in artikel 30b e.v. deze nieuwe rechtsfiguur geregeld. Er is inmiddels lang over gedacht, hetgeen in ieder geval heeft geresulteerd in een goed wetsvoorstel.

Het maximumaantal toegevoegd notarissen per vol-notaris bedraagt in het wetsvoorstel drie. De notaris met de plaats van vestiging (hierna de vol-notaris) heeft een exclusieve instructiebevoegdheid ten aanzien van de notariële werkzaamheden. Een terechte bepaling, de vol-notaris is ook daardoor medeverantwoordelijk en kan het beleid bepalen. De akten van de toegevoegd notaris behoren tot het protocol van de vol-notaris. De toegevoegd notaris heeft geen eigen zegel. Eindigt de arbeidsovereenkomst, dan eindigt ook de toevoeging als notaris.

960 Werkgroep II KNB voorjaar 2010 in haar advies aan bestuur KNB op p. 18.

961 De beleidsnotitie van het bestuur van de KNB van voorjaar 2010: In transitie, een beleidsrichting voor de komende tijd, p. 12 en 15.

962 Volgens Notariaat Magazine, editie 5, mei 2010, p. 35, zijn dat er in de hele Bondsrepubliek slechts 150.

De passeercapaciteit van de kantoren wordt vergroot⁹⁶³ en daarmee in een aantal gevallen ook de tijd die door de (toegevoegd) notaris aan een cliënt kan worden besteed. Het aanzien van de kandidaat wordt opgewaardeerd. Ook de inhoud van de functie van de kandidaat-notaris zal in aantrekkelijkheid toenemen, veel meer dan alleen een naamswijziging. Een goed voorstel waar veel kandidaten al (te veel) jaren op wachten.⁹⁶⁴ Goed dat er nu (in deze aangepaste vorm) weer steun van de KNB voor is.

7.5.6. *Wijziging van de Wet op het centraal testamentenregister*

Naar aanleiding van periodiek overleg tussen de minister van Justitie en de KNB is er onderzoek ingesteld naar de mogelijkheden om het Centraal testamentenregister (CTR) bij de KNB onder te brengen. Justitie heeft een voorstel daartoe ingebracht in het kabinetsplan Aanpak administratieve lasten. Zoals ook de memorie van toelichting bij wetsontwerp 32 250 vermeldt, is in 2004 onderzocht welke de voordelen zouden zijn als het beheer van het CTR zou worden overgedragen aan de KNB. Daaruit bleek dat de kostprijs van het beheer zou dalen en dat daardoor ook de leges (verschuldigd door degenen die een testament laten opmaken) voor het registreren van een testament zouden dalen.⁹⁶⁵ Doordat de KNB een openbaar lichaam is in de zin van artikel 134 Grondwet, kon het bijhouden en inrichten van het CTR, als zijnde een publiekrechtelijke taak ook aan de KNB worden opgedragen.

Het is goed dat het beheer van het Nederlandse CTR nu ook aan de KNB in beheer is overgedragen, de notarissen zorgen voor de voeding van het register en zijn ook de grootste afnemers van informatie.

Inmiddels valt het CTR reeds onder beheer van de KNB, voorlopig nog krachtens mandaat. Als het voorstel wet wordt, dan heeft de KNB een eigen wettelijke bevoegdheid.

7.6. **Status van de kwaliteitsrekening als de bank faillieert**

De kwaliteitsrekening vormt een goede regeling, maar hoe zit het als niet de notaris, maar de vergunninghoudende bank waar de derdengeldrekening loopt,

963 Hoewel dat in de jaren van recessie helaas voor de notarissen niet de grootste zorg lijkt te zijn.

964 In het Notariaat Magazine van oktober 2003 wordt op p. 31 aangegeven dat slechts 14% van de vrouwelijke kandidaat-notarissen notaris-ondernemer wil worden, de overigen wilden of notaris in loondienst (nu toegevoegd notaris) worden of kandidaat-notaris blijven. Van de mannelijke 'kano's' wilde wel 60% notaris-ondernemer worden.

965 Dit moge in aanmerking worden genomen in de discussie of het notariaat, zoals soms bepleit, niet beter een staatsambt zou kunnen worden.

faillieert?⁹⁶⁶ In de tijd dat de Wna 1999 werd voorbereid, was dat nog niet zo voorstelbaar. Nu ligt dat anders. Inmiddels is de casus ook door kamerleden opgemerkt en zijn daarover vragen gesteld aan de staatssecretaris van Justitie.⁹⁶⁷ Daarbij was aandacht voor de relatie tussen de kwaliteitsrekeningen en de financiële grens van het depositogarantiestelsel. Ook werd gevraagd wat er gebeurt als een bank failliet gaat en de notaris daar een derdenrekening heeft lopen met een inleg van meer dan € 100.000. Wat is dan de aansprakelijkheid van de notaris als de tegoeden niet kunnen worden terugbetaald, en wat is dan nog de borging door de wetgever waard en ten slotte: welke maatregelen is de staatssecretaris dan voornemens te nemen?

Het vorderingsrecht voortvloeiende uit de kwaliteitsrekening behoort toe aan de gezamenlijke rechthebbenden.⁹⁶⁸ Deze rechthebbenden vormen samen de deelgenoten van een gemeenschap, die bestaat uit een vorderingsrecht op de desbetreffende bank.⁹⁶⁹ De notaris is verplicht een eventueel tekort in het saldo van de bijzondere rekening terstond aan te vullen. Hij is daarvoor aansprakelijk, tenzij hij aannemelijk kan maken dat hem ter zake van het ontstaan van het tekort geen verwijt treft. Rechthebbenden zijn gerechtigd in verhouding tot hun inleg. Er is in de Wna wel opgenomen dat er geen derdenbeslag kan worden gelegd bij de bank op het aandeel van een rechthebbende in de kwaliteitsrekening.⁹⁷⁰ De gerechtigdheid van de cliënten van de notaris is geregeld, derdenbeslagen zijn verboden, de rekening valt buiten het eventuele faillissement van de notaris, maar de rekening valt wel in een faillissement van de bank.

De toenmalige minister van Financiën Wouter Bos heeft op de Kamervragen inzake deze problematiek geantwoord. Hij stelde⁹⁷¹ dat de derdengeldrekening van de notaris valt onder het garantiestelsel op grond van artikel 19 onderdeel c van het Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft. Volgens de uitwerking van die regeling heeft elke derde die geld heeft staan op een bijzondere rekening recht op een vergoeding van maximaal € 100.000 als is voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden.

Samenvattend betekent deze regeling dat:

- a. de derdengeldrekening van de notaris zelfstandig onder gemeld garantiestelsel valt;
- b. elke derde die geld op die kwaliteitsrekening van de notaris heeft staan zelfstandig aanspraak kan maken op de garantieregeling van € 100.000;

966 Plaggemars, A.D., De Notariswet van 1999: Tien jaar zoeken naar balans tussen markt en publieke zaak, tijdens het symposium: 10 jaar Wna, Marktwerking in het notariaat: droom of nachtmerrie, *Ars Notariatus* 143, p. 48/49.

967 Schriftelijk op 1 december 2009.

968 Artikel 25 lid 3 Wna.

969 Vademecum regelgeving notariaat, KNB Den Haag 2010, p. 51 onder lid 3.

970 Artikel 25 Wna.

971 Op 17 december 2009.

- c. dat deponeren bij een bank die failliet gaat een situatie vormt die aan de notaris, in zijn algemeenheid, niet gauw verwijtbaar zal zijn, waardoor die dan ook niet aansprakelijk zal zijn.⁹⁷²

Bos heeft in zijn antwoord op de Kamervragen toegezegd in overleg met de staatssecretaris van Justitie eventuele knelpunten verder te onderzoeken en waar nodig voorstellen te ontwikkelen voor oplossingsrichtingen. In het kader van een meer structurele oplossing van de geschetste problematiek en los van de aansprakelijkheid van de Staat der Nederlanden zou er in het kader van de behandeling van de wijzigingen in de Wna aandacht moeten komen voor de situatie dat ook banken kunnen failleren. Ook zou een regeling kunnen worden overwogen voor een verdere wettelijke bescherming van gerechtigden tot de notariële kwaliteitsrekening.

Zoals eerder geschreven, vormt het Voorzieningsfonds ook niet echt een garantie en kan daar dan ook niet vast op gerekend worden als er een tekort is op de kwaliteitsrekening. Ook in geval van andere schade die niet door verzekering of door de notaris zelf gedekt wordt, kan het Voorzieningsfonds onverplicht bijspringen. Dat het ook gebeurt, is niet zeker.

Naar Frans voorbeeld zou ook in Nederland een echt garantiefonds⁹⁷³ kunnen worden ingevoerd. Daarbij zou het vermogen van het fonds gevormd kunnen worden door bij iedere akte of advisering een vast tarief bij de cliënt in rekening te brengen en dat apart op de nota te vermelden. In de reiswereld zijn echter de kosten te overzien en is bovendien de uitkering beperkt tot € 10.000 per natuurlijk persoon, per schadegeval. In het notariaat is de schade niet te overzien, maar zou toch ook de uitkering per geval gemaximeerd moeten worden, terwijl ook daar weer een eventuele herverzekering kan plaatsvinden voor zover het fonds uitgeput zou zijn.⁹⁷⁴ Wellicht valt deze constructie te prefereren boven de onverplichte werking van het Voorzieningsfonds, waar het onverplichte karakter en het eindige van de financiële reserves nog wel eens vergeten worden.⁹⁷⁵ Overwogen zou kunnen worden, als het bestuur van de desbetreffende stichting (lees: in feite de KNB) daartoe bereid is, om de stichting Voorzieningsfonds in die zin om te bouwen en aldus de aanwezige fondsen als startkapitaal voor eenzelfde doel, maar dan in het vervolg wel afdwingbaar, te gebruiken.

972 De minister van Financiën is ook die mening toegedaan als hij in de beantwoording van de Kamervragen schrijft: slechts in bijzondere gevallen is denkbaar dat een notaris ter zake kan worden aangesproken. En vervolgt: Hypothetisch kan hier sprake van zijn, als langere tijd bekend is dat een bank in financiële moeilijkheden verkeert en de notaris daardoor de mogelijkheid heeft gehad de gelden op de bijzondere rekening over te boeken naar een andere bank.

973 Voor het geval beroepsaansprakelijkheidsverzekering en notaris zelf uitgeput zijn.

974 In het verleden heeft het fonds wel een verzekering gehad, maar dat gaf een hoge premie en onzekerheid over het uitkeringsbeleid met in ieder geval ook een beperkte dekking.

975 Zie hiervoor het antwoord van de toenmalige staatssecretaris Albayrak op Kamervragen van 6 oktober 2009, 10e vergadering, p. 10-676.

Wat in de reiswereld echter niet het geval is, maar in het notariaat wel, is de eerder gemelde aansprakelijkheid van de Staat der Nederlanden. Vergelijk de genoemde aansprakelijkheid van de overheid voor het deurwaarderskantoor TVK.⁹⁷⁶ Misschien dat de staatssecretaris daarom liever naar het Voorzieningsfonds verwees, dan Kamer en publiek gerust te stellen met het vangnet van de overheid. Ook de minister van Financiën heeft dit aspect bij de beantwoording van voormelde Kamervragen (wijselijk?) niet genoemd.

7.7. Notariële tarieven

7.7.1. Inleiding

De Sociaal-Economische Raad (SER) stelt in 2010 in zijn, op verzoek van de Tweede Kamer opgestelde rapport dat het voorafgaand aan de invoering van het marktwerkingsbeleid noodzakelijk is om rekening te houden met gebruikersgroepen en gebruikersgedrag. In het verleden was hiervoor volgens de SER bij de beleidsvoorbereiding vaak te weinig aandacht.⁹⁷⁷ Bij de marktwerkingsoperatie in het notariaat in de jaren negentig van de vorige eeuw lijkt daar ook te weinig serieuze aandacht voor te zijn geweest. Inmiddels is een aantal corrigerende voorstellen gedaan.⁹⁷⁸ Voorstellen tot correctie van de tariefstructuur behoren daar niet toe en staan vooralsnog ook niet in de planning als we de hiervoor gemelde uitspraken van de toenmalige bewindslieden van Justitie Hirsch Ballin en Albayrak lezen.

In 2005 was ook de commissie-Hammerstein er niet aan toe om voor een vorm van tariefregulering te pleiten.⁹⁷⁹ Het past(e?) ook nog steeds niet in het regeringsbeleid, het was het paradepaard van de marktwerkingsoperatie van de jaren negentig en het werd in 2005 nog als te ingrijpend en buiten de orde geacht om daar, al was het maar beperkt, mee te breken.

7.7.2. Verschillende opvattingen over tarieven binnen het notariaat

Intussen wordt over de vrijheid van tarieven binnen het notariaat verschillend gedacht en dat is begrijpelijk. De tarieven zijn volledig vrij geworden. De notaris-

⁹⁷⁶ De Staat betaalde twee schuldeisers op 29 en 30 maart en 7 april 2007 in totaal € 2,8 miljoen, vervolgens startte de Staat een procedure tegen T en Van de V, teneinde die gelden te verhalen. Eind 2006 besliste de Amsterdamse rechtbank dat T niet, maar Van de V wel aansprakelijk kon worden gesteld. Bron: Het Parool van 14 augustus 2009. Verder Hof Amsterdam, LJN AV 5217.

⁹⁷⁷ SER Advies overheid en markt: het resultaat telt. Voorbereiding bepalend voor succes. Ministersversie vooruitlopend op de officiële SER-uitgave, april 2010, p. 6.

⁹⁷⁸ Wetsvoorstel Wna 32 250, december 2009.

⁹⁷⁹ Er bestond ook bij (een deel van) de commissie zorg over te lage (niet kostendekkende) vaststelling van de tarieven.

sen zijn daar op verschillende manieren mee omgegaan. Er zijn in dat verband op zijn minst drie groepen te onderscheiden:

1. de notarissen die de aanmoedigingen van de overheid ter harte hebben genomen en die met lage prijzen, geholpen door sites als www.degoedkoopste-notaris.nl, hun marktaandeel danig hebben kunnen opvoeren. Een aantal van die notarissen redden zich mogelijk wel,⁹⁸⁰ zijn geheel ingeschoten op de vrije tarieven en sommigen doen er hun zakelijk voordeel mee. Die notarissen zullen de voorkeur geven aan handhaving van de huidige tariefsvrijheid en zouden stellig niet blij zijn met een tariefregeling. Daardoor zou hun, inmiddels op prijs verworven markt, in ten minste hetzelfde tempo afbrokkelen.
2. de notarissen die aan de andere kant van het spectrum zitten en de confectie-akten die steeds goedkoper worden, onder een bepaald prijsniveau niet meer aanbieden. Hun praktijk zal in het desbetreffende vakgebied steeds kleiner worden, totdat er op dat gebied helemaal geen praktijk meer is overgebleven. Dit betreft kantoren die inmiddels door de vrije tarieven geëxcuseerd zijn voor het niet meer voldoen aan de full service en aldus hun weg in de meer profijtelijke markt mogelijk wel hebben gevonden, wellicht nog wel bereid zouden zijn de full service te bedrijven, maar er feitelijk, deels op basis van prijsconcurrentie, niet meer aan kunnen voldoen. Ook deze groep kantoren zal een nieuwe tariefregeling, hoe beperkt ook, niet met applaus verwelkomen. Zij hebben immers hun balans gevonden en willen niet graag verplicht worden tot het aanbieden van diensten onder de door hen inmiddels op de vrije markt gehanteerde prijzen;
3. de notarissen die in het middensegment zijn blijven zitten en toch voor een groot aandeel afhankelijk zijn gebleven van de vastgoed markt⁹⁸¹ zijn en blijven het grootste aandeel van het notariële werk vormen, alle innovaties ten spijt. Het is (en was voor de recessie) nou eenmaal een heel groot (het grootste) deel van de notariële markt. Deze middencategorie kan niet verantwoord rendabel met de laagste prijzen meekomen en heeft ook niet de mogelijkheid om de specialistische markt te bedienen die door onder meer de Zuidasachtige kan-

980 Al zullen ook die kantoren van de recessie te lijden hebben. Zij hebben dan mogelijk wel hun marktaandeel opgevoerd, maar de markt in zijn totaliteit is ten gevolge van de crisis veel minder. Maar hier wordt voor de discussie uitgegaan van de situatie dat de marktverhoudingen weer enigermate genormaliseerd, althans aangetrokken zijn.

981 De steeds weer opduikende aanmoedigingen aan de notarissen, van vooral economische theoretici, om toch vooral minder afhankelijk te worden van de vastgoedmarkt, lijken weinig realistisch. De traditionele vastgoedmarkt maakt voor het notariaat een dermate groot deel van de omzet uit, dat het niet in zo'n grote en bepalende mate door andere nieuwe producten lijkt te kunnen worden vervangen, zeker ook al niet omdat kantoorspecialisatie (nog) niet tot de mogelijkheden behoort. Voor veel kantoren is het een (te) makkelijk product geweest, waar evenwel de samenleving een groot belang bij heeft. De akten zijn, voor het grootste deel, ambachtelijk van aard, maar als het goed gedaan wordt, wel tijdrovend. Het heeft een groot beslag gelegd op de capaciteit van de kantoren. Als in crisistijd en/of door een niet bij te houden prijsconcurrentie de omzet inzakt, lijkt inkrimping van de organisatie een realistischer oplossing.

toren wordt verzorgd. Dat laatste is een relatief kleine markt, waarvoor specifieke deskundigheid vereist is,⁹⁸² die lang niet alle kantoren kunnen bieden. De kantoren in het middensegment (en dat zal het grootste aantal kantoren zijn) hebben wel alle belang bij een tariefingreep.

De initiatiefgroep Nijmegen⁹⁸³ heeft in de aanloop naar de jaarvergadering van oktober 2009 een enquête onder de notariskantoren gehouden omtrent de wenselijkheid van een vorm van minimumtarieven. Op 6 oktober 2009 hadden van de 822 kantoren 212 (25,79%) kantoren niet gereageerd, 588 (71,53%) kantoren verklaarden het eens te zijn met de actie, 22 (2,68%) kantoren waren het er niet mee eens.⁹⁸⁴

Verreweg het grootste aantal kantoren is derhalve voorstander van een tariefmaatregel. Twee verschillende kleinere groepen zijn daar, om vanuit hun optiek begrijpelijke maar verschillende redenen, geen voorstander van. De grote⁹⁸⁵ kantoren (veelal interdisciplinaire kantoren) hebben in een brief, ondertekend door voormalig KNB-voorzitter K.J. (Eelco) Dijk, hun zorg over het Nijmeegse initiatief uitgesproken, vanuit hun optiek, zoals omschreven heel begrijpelijk.

De KNB mag hoe dan ook niet voor de belangen van notarissen opkomen, zij dient te zorgen voor een goede uitoefening van het ambt. Maar hoe die zorg vorm krijgt en vervolgens al dan niet geapprecieerd zal worden, zal afhangen van de maatregelen en van de groep waartoe de desbetreffende notarissen behoren. Vooralsnog lijkt de KNB inzake de tarieven niet tegen een (tot dusver) vasthoudende overheid te willen ingaan. Als Lekkerkerker zich afvraagt of de KNB het dan allemaal zo goed heeft gedaan⁹⁸⁶ en hij beantwoordt dit met ‘neen natuurlijk niet, zeker niet in de sfeer van de communicatie’, dan is misschien de verwijzing naar de gebrekkige communicatie voor een deel juist. Communicatie is vaak te beperkt.⁹⁸⁷ Het is echter gelijktijdig een onderschatting van de vermogens van de leden om althans één kernpunt van het beleid goed te onderkennen. Het lijkt mij eerder de boodschap inzake de tarieven te zijn. Een boodschap die een en andermaal is

982 Een deskundigheid die voor kleinere kantoren, op onderdelen, beter bereikbaar zou worden als zij niet langer tot full service verplicht zouden worden.

983 Initiatiefnemers van de open brief aan de KNB en de daarbij behorende enquête: B. van der Deijl (namens Netwerk notarissen), R.K.J.P. van Gerven (namens Formaat notarissen), H. Oosterdijk, A. de Vries (namens de Nieuwe stempel) en M.J.J. de Wit.

984 Eerste verslag aan de ledenraad van de KNB van 26 januari 2010, p. 5: De stuurgroep leges geeft aan, dat alles in het werk moet worden gesteld om een amvb tot stand te laten komen inzake een tariefregeling.

985 Groot in de totaalomvang van die kantoren. Dat betreft soms ook grote combinaties met een relatief klein aantal notarissen.

986 De goede notaris, pre-advies 2010 KNB, p. 51. Lekkerkerker is én directeur van de KNB én preadviseur, maar ook de filosoof en producent van creatieve gedachten binnen de KNB.

987 Hoewel de KNB toch bepaald niet stil zit: een magazine, een nieuwsbrief, het WPNR, de vergaderingen, alle goede initiatieven. Dat steekt bepaald positief af bij veel andere beroepsgroepen.

gecommuniceerd als zijnde een voldongen feit dat nu eenmaal geaccepteerd moet worden. Lekkerkerker stelt ook in zijn preadvies vast dat het notariaat het heeft te doen met marktwerking, een ontwikkeling die althans voor de nabije toekomst onomkeerbaar lijkt.⁹⁸⁸ Natuurlijk is marktwerking een feit, maar in hoeverre? Vrije tarieven accepteren voor akten die geen onderscheidend vermogen genereren, waardoor een *market for lemons* ontstaat, dat kunnen veel leden kennelijk niet volgen.

7.7.3. *Borging van kwaliteit noodzakelijk*

Los van wat de notarissen voor wenselijk houden, waarbij velen bij hun standpuntbepaling toch zeker hun kantoorbelangen zullen laten meespelen, moet de vraag gesteld en beantwoord worden waar de Nederlandse samenleving het beste mee gediend is, wat er van het notariaat verwacht wordt en welke regulering die de marktwerking beïnvloedt proportioneel is. Kennelijk wordt er veel van verwacht, gezien het grote aantal taken dat de overheid exclusief aan het notariaat heeft toevertrouwd.

Als de overheid de notaris al die taken opdraagt, dan is zij ook verantwoordelijk voor een kader waarin die taken ook op termijn rechtszeker, rechtsbeschermend en rechtspreventief kunnen worden uitgevoerd.

De tarieven vrij en een aantal sites die keurig de weg wijzen naar de goedkoopste notarissen, dat is wat een en andermaal in Nederland is aanbevolen. Vrije tarieven en transparantie, maar omdat het uitsluitend prijstransparantie betreft, zijn de geschetste negatieve gevolgen in ieder geval volgens de theorie, voor de hand liggend. Die gevolgen zijn daarmee bedreigend voor een goede borging van de kwaliteit van een deel van de notariële beroepsuitoefening.

Oud-minister van Justitie Donner stelde dat marktmechanismen wellicht goed zijn om de omzet en economische groei te stimuleren, maar dat dit voor advocatuur en notariaat niet het doel kan zijn. Uiteindelijk komen volgens hem integriteit, betrouwbaarheid en kwaliteit van het rechtsbestel dan in de knel.⁹⁸⁹

Van Mourik merkt op hetzelfde congres als waar Donner sprak vervolgens op, dat doordat de tarieven vrij zijn, het notarisambt binnen de invloedssfeer komt van krachten die niet het algemeen belang maar het eigen belang vooropstellen. Dat blijkt ook uit de discussies over de tarieven en door te analyseren wie waar voor is.⁹⁹⁰ Deugden als onafhankelijkheid en onpartijdigheid worden, aldus van Mourik, op de markt immers niet in ruime mate aangetroffen. Hij stelt verder dat prijscon-

⁹⁸⁸ De goede notaris, preadvies 2010 KNB, p. 29.

⁹⁸⁹ Donner tijdens het uitspreken van die rede nog minister van Justitie. Advocatuur en notariaat: tussen profijt en professie, verslag en uitkomsten van het congres over de vrije beroepen in de paleiskerk te Den Haag, p. 9.

⁹⁹⁰ Vergelijk ook de hiervoor aangegeven indeling van de beroepsgroep in drie belangengroepen.

currentie de uitoefening van het ambt bedreigt voor zover deze zich afspeelt op terreinen waarop mededinging op basis van kwaliteit praktisch is uitgesloten en die toch het financiële fundament vormen voor een gezonde beroepsuitoefening. De dreiging wordt met name ook veroorzaakt door het feit dat de vastgoedpraktijk overwegend ambachtelijk van aard is.⁹⁹¹

7.7.4. *Tarieven*

7.7.4.1. *Twee mogelijke tariefmaatregelen*

Enige tariefmaatregel stond haaks op het marktgedreven beleid van de paarse kabinetten en latere kabinetten hebben dat beleid gerespecteerd en voortgezet. Maar een mogelijk marktfalen zou wel gecorrigeerd behoren te worden.⁹⁹² In de voorgaande paragrafen omtrent de evaluatieperiode is aangegeven wat de consequenties van het ontbreken van enige tariefmaatregel zijn. Schrijvers zijn het erover eens dat als er sprake is van een informatie-asymmetrie er voor transparantie moet worden gezorgd. Ten aanzien van de prijzen is hiervoor aangegeven dat er voldoende transparantie is. Met betrekking tot de kwaliteit ligt dat moeilijker en deels is en blijft dat onbereikbaar. Als die transparantie niet gegeven kan worden, dan dreigt er een vermindering van kwaliteit.

Voor het publiek is niet waarneembaar of alle benodigde onderzoeken en *checks* inderdaad hebben plaatsgevonden. Ook Van Mourik meent dat het in het algemeen ondoenlijk is om aan te tonen waarom de ene notaris een hogere kwaliteit levert dan de andere.⁹⁹³ Hij doelt hierbij op de volgens hem – naar zijn schatting – 80% van de doorsnee onroerendgoedgevallen waar voornamelijk ambachtelijke werkzaamheden worden verricht. Als de kwaliteit niet transparant te krijgen is, dan zal er een vorm van tariefregulering moeten komen om een *market for lemons* te vermijden. Bovendien zal een individuele koper niet bereid zijn extra te betalen voor aspecten van publiek belang.

Een tariefmaatregel vormt daarmee, naast kwaliteitscontrole en een omschrijving van minimumkwaliteitseisen, de nog resterende oplossing om kwaliteitsverlies te stoppen en waar dit reeds is opgetreden, mogelijk ongedaan te maken. Daarvoor zijn in Nederland in concreto twee mogelijkheden te onderscheiden:

1. Justitie maakt gebruik van haar mogelijkheden als gemeld in artikel 54 Wna om bij algemene maatregel van bestuur voor het verrichten van bepaalde notariële ambtelijke werkzaamheden een (eventueel beperkte) tariefmaatregel vast te stellen ter bepaling van het honorarium dat de notaris de cliënt in rekening

991 Advocaatuur en notariaat: tussen profijt en professie, verslag en uitkomsten van het congres over de vrije beroepen in de paleiskerk te Den Haag, p. 14.

992 Onder meer Van Damme en Schinkel in *Marktwerving en publieke belangen*, 2009, p. 19.

993 Mourik, M.J. van, WPNR 04/6574, p. 280.

brengt, om daarmee een verantwoorde continuïteit van een kwalitatieve notariële dienstverlening te waarborgen.

2. De KNB maakt gebruik van haar bevoegdheid als gemeld in artikel 61 Wna om bij verordening een beroepsregel vast te stellen inhoudende de bevordering van een goede en kwalitatieve notariële beroepsuitoefening door middel van een (eventueel beperkte) tariefmaatregel om daarmee een verantwoorde continuïteit van een kwalitatieve notariële dienstverlening te waarborgen.

7.7.4.2. *Uitgangspunten bij een tariefmaatregel*

Zowel bij actie door Justitie als door de KNB zouden de volgende overwegingen kunnen worden meegenomen:

- a. Cross-subsidie. Mogelijk kan een element van cross-subsidie in het systeem worden teruggebracht, waardoor enerzijds ook voor mensen met een kleine beurs er geen te hoge toegangsdrempels verschijnen en die akten inzake kleinere belangen mogelijk nog goedkoper worden dan in 2009 in het inmiddels vrijwel als *flat-tariff* te kwalificeren tariefsysteem en waarmee de grondtransacties over kleine bedragen vooral ook weer via de notaris en het kadaster gaan en niet onderhands worden geregeld, waardoor kadastrale vervuiling wordt gestopt.⁹⁹⁴ Anderzijds zijn in dat systeem van kruissubsidiëring een aantal akten duurder dan de kosten rechtvaardigen, dat zijn dan bijvoorbeeld de overdrachten, hypotheekakten en boedelverdelingen, waarvan de belangen aanzienlijk zijn. Van de in dit boek gepresenteerde onderzoeksresultaten van notariële regelingen in de zeventien onderzochte EU-landen met een Latijns notariaat kennen alleen Litouwen, Oostenrijk⁹⁹⁵ en Polen eveneens geen systeem van cross-subsidie. Voor het geval de full-serviceverplichting zou worden opgeheven, zal in alle redelijkheid de cross-subsidie zich moeten afspelen binnen één vakgebied en niet bijvoorbeeld de vastgoedpraktijk de familiepraktijk kunnen subsidiëren. Wat wel kan, is dat binnen de vastgoedpraktijk de tarieven toch weer belanggebonden gaat worden en de kleinere belangen lager en de grotere belangen hoger worden getarifeerd. Daar hoort ook stellig een ministerieplicht bij, voor de notaris die werkzaamheden in het desbetreffende vakgebied verricht, om dan ook binnen die sector alle opdrachten te aanvaarden, of het nu een groot of een laag belang betreft.

994 Hoewel in het consumptieve vastgoed voor een akte met een klein belang niet noodzakelijk veel minder werk behoeft te worden verricht dan voor een akte met een groter belang, heeft het werken met procentuele belanggebonden tarieven of schijven toch het voordeel: a. van de toegankelijkheid, ook voor die kleine belangen en b. wordt de kadastrale vervuiling gestopt.

995 Voor Oostenrijk zou dat ook heel lastig te realiseren zijn, aangezien, zoals we in de landenbeschrijving zagen, het Oostenrijkse notariaat geen exclusieve bevoegdheid heeft ter zake van de overdracht van onroerende goederen. Een tariefmaatregel alleen voor het notariaat werkt dan niet en aldus kan er ook geen cross-subsidie zijn.

- b. *Kostprijzvolgsysteem.* Mogelijk kan gebruik worden gemaakt van het reeds in de jaren negentig van de vorige eeuw door de KNB ontwikkelde kostprijzvolgsysteem. Dat systeem werkt met een verantwoorde opslag voor winst, waardoor bevorderd wordt dat de ter zake vereiste en noodzakelijke onderzoeken door deskundige personen ook uit het tarief betaald kunnen worden. Mede daardoor kunnen en zullen die onderzoeken ook uitgevoerd worden en zal daar niet uit concurrentieoverwegingen op bezuinigd worden. Respectievelijk kan er gebruik worden gemaakt van het nader door de eerder genoemde KNB-stuurgroep leges te presenteren voorstel inzake notariële tarieven en de daaraan ten grondslag liggende kostprijsonderzoeken. De aldus gevonden kostprijzen zullen dan een gemiddelde vormen, waarbij afhankelijk van de omvang van het desbetreffende belang een opslag voor winst en risico komt.
- c. *Efficiëntie.* Het blijft aldus lonend voor kantoren om efficiëntieverhogende maatregelen verder, maar dan wel op een verantwoord kwaliteitsniveau te ontwikkelen. Zo ook een verdere ontwikkeling van de digitale mogelijkheden.⁹⁹⁶
- d. *Kwaliteit wel zichtbaar.* Ik ben het eens met Van Mourik dat waar kwaliteit als meerwaarde wel zichtbaar gemaakt kan worden, daar economische principes te koesteren zijn. Te denken valt daarbij aan de meer gecompliceerde werkzaamheden.⁹⁹⁷
- e. *Minimumkwaliteit formuleren.* Duidelijker dan nu zal moeten worden voorgeschreven waar een minimumkwaliteit uit bestaat en waaraan iedere notaris zal moeten voldoen. Protocolen op te stellen door de KNB kunnen daarbij richting geven. Vervolgens moet de kwaliteit regelmatig worden gemonitord.
- f. *Akten met een publiekbelangcomponent.* In ieder geval moet er ook een tariefregeling komen voor die aktensoorten waarbij een publiekbelangcomponent is betrokken, zoals in ieder geval bij de overdracht van registergoederen. De notariële klant die veelal vooral op prijs selecteert, zal niet bereid zijn voor dat publieke belang te betalen, terwijl toch dat publieke belang verzorgd moet worden. Minimumprijzen kunnen daarvoor dienen.

7.7.4.3. *Positie van de minister van Justitie, de KNB en de NMa in geval van een tariefmaatregel*

7.7.4.3.1. *Mogelijkheden*

Enige beschouwingen inzake de mogelijkheid:

- 1. voor de minister van Justitie om artikel 54 Wna te gebruiken voor de invoering van een tariefmaatregel;
- 2. voor de KNB om ter zake een verordening inhoudende een tariefmaatregel vast te stellen;

⁹⁹⁶ Vergelijk bijvoorbeeld www.notaris.com.

⁹⁹⁷ Mourik, M.J. van, WPNR 04/6574, p. 280.

3. voor de NMa om al dan niet in te mogen grijpen als de minister of de KNB een tariefmaatregel invoert.

7.7.4.3.2. *De positie van het ministerie van Justitie*

Justitie heeft de mogelijkheid om op basis van artikel 54 Wna bij algemene maatregel van bestuur tarieven dan wel regels vast te stellen ter bepaling van het honorarium dat de notaris de cliënt in rekening brengt, voor zover zulks kennelijk noodzakelijk is om de continuïteit van een toegankelijke notariële dienstverlening te waarborgen. In het kader van de voorgenomen wijziging van de Wna zou artikel 54a Wna kunnen worden aangevuld met kwalitatieve dienstverlening.⁹⁹⁸

Tweede Kamerlid De Wit heeft de staatssecretaris van Justitie⁹⁹⁹ gevraagd of zij niet vindt dat de rechtsstatelijke positie van notarissen in het geding is en dat de wet in een tariefmaatregel voorziet, juist als die rechtsstatelijkheid onder druk staat. De staatssecretaris heeft daarop geantwoord dat artikel 54 lid 1 Wna, waar het Kamerlid op doelt, is ingevoerd om burgers te beschermen tegen te hoge tarieven. Het is volgens haar niet bedoeld om minimumtarieven in te voeren zodra ondernemers (lees: notarissen) door deze ontwikkelingen nood lijden. Zij is van mening dat het artikel door de heer De Wit verkeerd wordt aangehaald.

De rechtsstatelijkheid, hoe zeer ook van belang voor de positie van de notaris, wordt in het genoemde wetsartikel inderdaad niet gemeld, maar dat wil niet zeggen dat het geen rol speelt.

De memorie van toelichting¹⁰⁰⁰ ging ervan uit dat de marktwerking zou leiden tot aanvaardbare prijzen en over het algemeen een kwaliteitsverhogend effect zou hebben. Maar de memorie van toelichting stelde ook dat als er zich ten gevolge van mogelijke marktimperfecties toch op grote schaal problemen in het notariaat zouden voordoen en daardoor de continuïteit van een toegankelijke notariële dienstverlening in het gedrang zou komen, dat dan de overheid de bevoegdheid moest hebben om in de tarieven in te grijpen. Dat de wetgever zich bij de formulering van het artikel mogelijk eerder het ontstaan van te hoge tarieven dan van te lage tarieven heeft kunnen voorstellen en voor ogen heeft gehad, blijkt niet uit de Kamerstukken. Integendeel. Immers, naar aanleiding van de discussie bij de behandeling van de Wna 1999 in de Tweede Kamer over de vrijlating van de tarieven in Quebec¹⁰⁰¹ en de verklaring van de *Chambre des Notaires* van Quebec jegens het Nederlandse parlement, dat zij (de *Chambre*) de overtuiging is toegedaan dat de vrijlating van de tarieven een afname van de gemiddeld geleverde kwaliteit ten gevolge heeft gehad, reageert de minister op de zorg van verschillende Kamerleden over onder meer de kwaliteitsontwikkeling in Nederland na de invoering

998 Ook al blijkt de strekking van het wetsartikel in die zin overduidelijk uit de Handelingen.

999 Tijdens het mondelinge vragenuurtje op 6 oktober 2009.

1000 Kamerstukken II 2009, 23 706, nr. 3, p. 45. 10e vergadering van de Tweede Kamer, vragenuur op dinsdag 6 oktober 2009, p. 10-675.

1001 Franstalig deel van Canada, waar ook het Latijnse notariaat is ingevoerd.

van vrije tarieven in de memorie van antwoord.¹⁰⁰² De minister geeft aan dat zij niet zal aarzelen om van de bevoegdheid gegeven in artikel 54 Wna gebruik te maken als dat wenselijk is.

Als in de Eerste Kamer het onderwerp andermaal wordt aangesneden door de PvdA,¹⁰⁰³ dan reageert de nieuwe minister van Justitie daarop in gelijke zin.

Ten slotte uit ook de staatssecretaris van Justitie zich in de Eerste Kamer¹⁰⁰⁴ in diezelfde lijn, opgevolgd door de overduidelijke uitspraak dat artikel 54 Wna ook gebruikt zal worden als de continuïteit van de goede notariële dienstverlening door te lage tarieven in gevaar komt.¹⁰⁰⁵

En ten slotte zegt de staatssecretaris van Justitie toe, naar aanleiding van opmerkingen van de Kamerleden Heijne Makkreel en Holdijk,¹⁰⁰⁶ dat er niet geargeld zal worden van artikel 54 Wna gebruik te maken als er iets misgaat met het Latijnse notariaat.

De staatssecretaris vergiste zich dus, toen zij aangaf dat de toepassing van artikel 54 Wna beperkt is tot situaties waarin maximumtarieven wenselijk zouden zijn¹⁰⁰⁷ en heeft de Kamer daarmee onjuist geïnformeerd.

1002 Kamerstukken I 1997/98, 23 706, nr. 331b, p. 5 t/m 8 (MvA): Hieruit blijkt dus op zeer duidelijke wijze dat de regering niet zal aarzelen om van deze bevoegdheid gebruik te maken indien dit wenselijk is. Overigens kan de algemene maatregel van bestuur bedoeld in artikel 54 niet betrekking hebben op de tarieven in de familiepraktijk. Daarvoor gelden direct vanaf de inwerkingtreding van deze bepaling de maximumtarieven van artikel 56 en vervolgens: De zekerheid die de leden van de VVD-fractie wensen, namelijk dat de gevreesde effecten niet zullen optreden, kan niet worden gegeven. Ook andere factoren kunnen van invloed zijn op het functioneren van het notariaat, zoals de conjuncturele ontwikkelingen. Mochten zich negatieve ontwikkelingen voordoen, dan is het niet altijd duidelijk wat de oorzaak daarvan is. Juist omdat het niet mogelijk is alle effecten van de vrije tariefsvorming te voorzien, is de veiligheidsklep van artikel 54 opgenomen en de minister vervolgt:

Ik wil bevestigen dat, indien de wenselijkheid zich mocht aandienen, de regering niet zal aarzelen gebruik te maken van de bevoegdheid neergelegd in artikel 54 lid 1.

1003 Kamerstukken I 1998/99, 23 706, 25a, p. 19 (Nadere MvA): In de memorie van antwoord, p. 12 heeft mijn ambtsvoorganger er reeds op gewezen dat kwaliteitsverlies verband kan houden met (te) scherpe concurrentie en daardoor (te) lage tarieven, zodat de continuïteit van de notariële dienstverlening in gevaar kan komen en ingrijpen op grond van artikel 54 mogelijk wordt. Ik deel deze opvatting.

1004 Handelingen I, vergadering 24, p. 1056: Als we de zaak (bedoeld is de regeling van de vrije tarieven, ADP) een goede kans hebben gegeven en als blijkt dat de ontwikkelingen niet de kant op gaan die ze naar onze mening moeten opgaan, kunnen wij van dat artikel (54 Wna) gebruikmaken.

1005 Handelingen I, vergadering 24, p. 1057: Omdat een dergelijk kwaliteitsverlies meestal verband zal houden met of te grote concurrentie en daardoor te lage tarieven, zal de continuïteit van de notariële dienstverlening al om die reden in gevaar komen en zal ingrijpen op grond van artikel 54 mogelijk worden.

1006 Handelingen I, vergadering 24, p. 1064: Ik wil nu graag nogmaals zonder twijfel toezeggen dat wij niet zullen aarzelen om artikel 54 in te roepen, wanneer de uitwerking van de beoogde marktwerking in de komende jaren ertoe leidt dat er iets misgaat met het Latijnse notariaat.

1007 In dezelfde lijn concludeert Verstappen in zijn advies aan de voormelde KNB-stuurgroep leges, zoals door de stuurgroep is verwoord op p. 3 van haar voorlopig verslag van 26 januari 2010.

De regeling kan, zoals uit vorenstaande citaten blijkt, wel degelijk in de omschreven situatie worden gebruikt, ook als er te lage tarieven komen. Het kan op basis van artikel 54 Wna. Dat lijkt ook geraden en dan bij voorkeur rechtstreeks door Justitie.

7.7.4.3.3. *De positie van de KNB*

Actie door Justitie verdient de voorkeur; pas bij ontbreken daarvan, of als voorloper daarop, is een verordening van de KNB te overwegen. Maar ook dan is de medewerking van Justitie vereist. Onthouden van goedkeuring door Justitie aan de desbetreffende verordening van de KNB zou kunnen als de verordening de marktwerking onnodig beperkt of verplichtingen of voorschriften bevat die niet strikt nodig zijn voor de verwezenlijking van het beoogde doel. Beperking van de marktwerking is er in geval van een tariefmaatregel zeker, alleen lijkt dat redelijkerwijs noodzakelijk te zijn. Een onthouding van goedkeuring zal lastig zijn als de KNB niet verder zou gaan dan een beperkte tariefmaatregel ter bevordering juist van goede kwalitatieve beroepsuitoefening. Het is immers de kern van haar doelstelling een goede beroepsuitoefening door de leden van de KNB te bevorderen. Zoals eerder aangegeven, lijkt de KNB daar vooralsnog niet voor te voelen, tenzij in dit boek de eerder aangehaalde uitspraak van de KNB verkeerd wordt geïnterpreteerd. De KNB schrijft dat een focus enkel op minimumtarieven ons niet verder brengt.

7.7.4.3.4. *De positie van de NMa*

Voor de NMa is geen rol weggelegd, anders dan desgewenst in de adviserende sfeer, omdat:

1. uitsluitend als de KNB een ondernemersvereniging is, in de zin van het VwEU en Mw, de verordeningen door de NMa mogen worden beoordeeld;
Zoals in eerdere hoofdstukken is uiteengezet is de KNB mogelijk niet als ondernemersvereniging aan te merken:
 - a. voor het geval haar leden (de notarissen) niet als ondernemers zouden zijn aan te merken, omdat zij mogelijk geacht kunnen worden met overheidsprerogatieven te zijn belast; als de leden aldus geen ondernemers zouden zijn, dan kan hun beroepsvereniging niet als ondernemersvereniging worden aangemerkt;
 - b. de KNB uitsluitend algemene belangen heeft te behartigen, zij moet zorgen voor een goede beroepsuitoefening door haar leden en hun vakbekwaamheid bevorderen, zij heeft ook de zorg over eer en aanzien van het ambt; volgens de memorie van toelichting¹⁰⁰⁸ betreft het hier de behartiging van publieke belangen die met de uitvoering van het notarisambt gemoeid zijn;

¹⁰⁰⁸ Vademecum regelgeving notariaat, KNB Den Haag 2010, p. 89, eerste aantekening onder artikel 61.

persoonlijke belangen van de leden mogen nadrukkelijk niet worden ge- diend door de KNB. Het bureau van de KNB, het bestuur en de ledenraad zitten er voor de behartiging en de borging van de publieke belangen. Bovendien behoeven de verordeningen van de KNB vooraf goedkeuring van de minister van Justitie, alvorens zij rechtskracht verkrijgen. In deze context zou het dubbeltje wel eens net de andere kant op kunnen vallen dan het voor de NOvA deed in Wouters¹⁰⁰⁹ en waarin werd uitgemaakt dat de NOvA wel als een ondernemersvereniging moet worden aangemerkt. Doelstelling van de NOvA, maar ook attitude, opdracht en functie van haar functionarissen is minder, kan ook minder uitsluitend op het publiek belang gericht zijn dan dat het geval is bij de KNB. Het is mogelijk dat de KNB, alleen al om die reden, niet als ondernemersvereniging wordt aangemerkt;

2. zoals eerder, in de mededingingsrechtelijke hoofdstukken, aan de hand van jurisprudentie en de mening van gezaghebbende schrijvers is aangetoond, kan het niet zo zijn dat als verordeningen door de beroepsvereniging in het kader van haar publieke doelstelling zijn opgesteld en door de ledenraad zijn aangenomen en vervolgens de goedkeuring daarop van de minister van Justitie hebben verkregen, dat dan een andere semi-overheidsinstantie, weliswaar een ZBO, maar bekostigd door de overheid en ressorterend onder het ministerie van Economische Zaken, de goedkeuring nog eens opnieuw gaat beoordelen.¹⁰¹⁰ Wederom alleen al om die reden is er geen ruimte voor beoordeling door de NMa. De verordening kan geacht worden een algemeen belang te dienen, de marktwerking is gewogen door Justitie en een beroep op schending van de nuttig-effectregel, kan zoals hiervoor is aangetoond, niet slagen. In dat verband ook het HvJ EU in Wouters:¹⁰¹¹ ‘Een lidstaat kan (...) alsook de bevoegdheid aan zich houden waardoor de door de beroepsorganisatie uitgevaardigde regels een overheidskarakter verkrijgen en zij ontsnappen aan de voor ondernemingen geldende verdragsregels.’

De tariefregeling door middel van een KNB-verordening verkrijgt dan overheidskarakter en zal daarmee inderdaad ontsnappen aan beoordeling en afweging door de NMa;

3. de minister van Justitie heeft ook ter beoordeling, in het kader van de goedkeuringsprocedure,¹⁰¹² of de verordeningen geen verplichtingen of voorschriften bevatten die onnodig de marktwerking beperken. Ook de mededingingscomponent is dus in de goedkeuringsprocedure door de minister van Justitie al beoordeeld. Justitie zal voor de beoordeling omtrent eventuele onnodige beperking van de marktwerking mogelijk de middelen van Wouters of bij-

¹⁰⁰⁹ Zaak C-309/99 (Wouters).

¹⁰¹⁰ Zie Immenga/Mestmäcker, Emmerich/Hoffmann en Mestmäcker/Schweitzer, hiervoor vermeld met relevante jurisprudentie.

¹⁰¹¹ Zaak C 309/99 (Wouters), r.o. 67-70.

¹⁰¹² Artikel 91 Wna.

voorbeeld de (Europese) *rule of reason* gebruiken. Aannemelijk is derhalve dat noodzaak en proportionaliteit door Justitie zullen worden beoordeeld. De NMa zou dat wellicht liever zelf doen, maar uitsluitend Justitie is competent en heeft het specifieke wettelijke recht en de wettelijke opdracht daartoe verkregen.

Daarenboven is de regeling van artikel 89 Wna, waarin de onnodige beperking van de marktwerking wordt verboden, ook aan te merken als een *lex specialis* die de algemene beoordelingsbevoegdheid van de NMa als een *lex generalis* derogeert.¹⁰¹³ Ook Slot, Swaak en Mulder¹⁰¹⁴ geven aan dat de Mededingingswet slechts wijkt voor een bijzondere wet die de mededinging in een bepaalde sector regelt.¹⁰¹⁵ De Wna is zo'n wet.

Er worden verscheidene rechtsgronden genoemd waarom de NMa geen beoordelingsbevoegdheid heeft. Eén reden voldoet al en springt eruit en dat is de meest duidelijke en minst betwiste, te weten reden 2: Als de regeling een overheidskarakter heeft verkregen en dat is het geval na goedkeuring door Justitie, dan valt zij buiten de bevoegdheid van de NMa.

Een en ander laat onverlet dat de KNB en/of de minister van Justitie, de NMa om advies zouden kunnen vragen, zoals de commissie-Hammerstein¹⁰¹⁶ adviseert om fricties te voorkomen. Daarnaast regelt de Mededingingswet dat de minister van Economische Zaken, al dan niet op verzoek van andere ministers, advies kan vragen aan de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit.¹⁰¹⁷ De raad kan ook ongevraagd advies uitbrengen,¹⁰¹⁸ maar het is allemaal uitsluitend in de adviserende sfeer.

7.7.4.4. *Naast een tariefregeling om uitholling van kwaliteit niet te bevorderen, is ook kwaliteitscontrole gewenst*

Een tariefingreep zal de impuls tot het leveren van lagere kwaliteit (om daarmee de concurrentie voor te blijven) moeten weghalen. Met het KNB-bestuur ga ik mee

¹⁰¹³ *Lex specialis derogat legi generali*; de bijzondere wet wijkt af van de algemene wet en gaat dan voor, zet de algemene regel opzij. Mogelijk komen beide instanties tot dezelfde afweging, maar het kan toch niet zo zijn dat als Justitie gewogen goedgekeurd heeft, de NMa nog eens de beoordeling mag overdoen. Er behoort dan voorkeur te worden gegeven aan de speciaal voor deze verordeningen ontworpen wet.

¹⁰¹⁴ Slot, P.J., Swaak, Ch.R.A., Mulder, M.S., *Inleiding mededingingsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, 4e druk, p. 57.

¹⁰¹⁵ In de wetsgeschiedenis wordt aangegeven dat daarvan slechts sprake is bij de Wet vervoer over zee. Echter de Mededingingswet is van 1977 en toen was de nieuwe Wna nog niet aangenomen en bestond artikel 89 Wna nog niet, anders had die ook als voorbeeld kunnen dienen.

¹⁰¹⁶ Rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het Notarisambt, Het beste van twee werelden, september 2005, in aanbeveling 4.1. De commissie beveelt aan dat het ministerie van Justitie en de KNB in voorkomende gevallen informeel bij de NMa vragen betreffende mededingingsrecht voorleggen om onnodige fricties te voorkomen.

¹⁰¹⁷ Artikel 5c leden 1 en 3 Mw.

¹⁰¹⁸ Artikel 5c lid 2 Mw.

dat de focus niet enkel op een tariefaanpassing moet zijn gericht.¹⁰¹⁹ Naast een tariefmaatregel moeten minimumkwaliteitseisen worden geformuleerd en dient een kwaliteitscontrole te worden ingevoerd, zoals in wetsvoorstel 32 250 is voorzien. Een kwaliteitscontrole waarbij bijvoorbeeld in de uitvoering gekeken kan worden naar Frankrijk. Collegiaal, vriendelijk, maar wel nauwkeurig en streng. Met tuchtrecht als sluitpost. En derhalve in casu een driedubbele focus op het enerzijds wegnemen van een impuls tot wanpresteren, anderzijds op de invoering van minimumkwaliteitseisen en van een controle op die kwaliteit.

7.8. De koopakte, een voortdurende discussie

7.8.1. *Meerderheid Tweede Kamer voor een verplichte notariële tussenkomst*

De Evaluatiecommissie Hammerstein heeft in haar aanbeveling 4.4 voorgesteld om de Amsterdamse praktijk bij de koop van onroerend goed een wettelijke basis te geven, opdat de notaris conform de verwachtingen van de koper en verkoper in staat wordt gesteld alle elementen van zijn kerntaak volledig uit te oefenen. De koopakte zou in de visie van de commissie verplicht notarieel moeten worden gesteld.

Ruim voor het uitkomen van het rapport-Hammerstein was een vrijwel Kamerbrede meerderheid in eerste termijn voorstander van een verplicht notariële koopakte. Dammingh schrijft daarover in zijn dissertatie:¹⁰²⁰ ‘De regering erkende dat met verplichte notariële inschakeling in de obligatoire fase de belangen van zowel de koper als de verkoper wellicht beter worden gediend. (...) Niettemin houdt zij vast aan de bedenktijd in plaats van verplichte notariële inschakeling. De enige reden die zij hiervoor aanvoert is dat het bij wet verplicht stellen van de notariële koopakte indruist tegen de beleidsdoelstelling “dat het marktproces niet méér mag worden beperkt dan noodzakelijk is”.’¹⁰²¹

Dammingh stelt vervolgens dat de eis om de koopakte notarieel te maken, noodzakelijk is te achten en dat deze noodzaak rechtvaardigt dat het marktproces door het stellen van daartoe strekkende regels wordt beperkt. Vele schrijvers delen in grote lijnen die mening en zoals we zagen ook de Evaluatiecommissie-Hammerstein.

De toenmalige minister van Justitie Korthals wenste de aanwezige belangstellende vertegenwoordigers van de KNB al vast geluk met de in de Kamer gevoerde discussie, uit welke discussie bleek dat een meerderheid van de Kamer de voorkeur gaf aan een notariële tussenkomst. Het kabinetsberaad daarover volgde enige

¹⁰¹⁹ Bestuursnotitie voorjaar 2010: In transitie, een beleidsrichting voor de komende tijd, p. 4.

¹⁰²⁰ Dammingh, J.J., *Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2002.

¹⁰²¹ Vgl. artikel 89 lid 2 Wna: en beperken niet onnodig de marktwerking.

dagen later. Toen bleken de gelukwensen te vroeg te zijn geuit. De algemene leer van de Chicago-economen woog in het kabinet nog steeds zwaarder dan inhoudelijke argumenten.

Wederom was het mevrouw Swildens-Rozendaal (PvdA) die zich ook al zorgen had gemaakt om het behoud van kwaliteit in geval van de afschaffing van de notariële tarieven, die het voortouw nam voor een motie die mede ondertekend werd door de Kamerleden Van Wijnen (CDA) en Van Walsem (D66), waarbij voorgesteld werd om de notariële interventie verplicht te stellen bij het aangaan van een koopovereenkomst inzake een woning door een particulier. Het standpunt van de minister inzake de motie bleef onveranderd gebaseerd op het nog steeds geldende rigide kabinetsbeleid dat de marktwerking niet verstoord mocht worden. Bij de herziening van de Wna waren dan weliswaar de bestaande monopolies ontzien, maar dit nieuwe monopolie toevoegen, dat ging te ver, dat zou de marktwerking onnodig beperken.

In het kader van het hiervoor besprokene zou men zich kunnen voorstellen dat er op zijn minst een zorgvuldige afweging, via welke exceptie dan ook, zou hebben plaatsgevonden. Bijvoorbeeld en bij voorkeur via de door het HvJ EU gehanteerde Wouters-methode. Voor een nieuw monopolie was er vanuit het oogpunt van rechtszekerheid alle reden geweest om die regeling wel proportioneel en redelijkerwijs noodzakelijk te verklaren. Het is er niet van gekomen. Het publieke belang van de marktwerking won het van dat andere publieke belang van de bevordering van een goed geordend rechtsverkeer. De minister keurde het amendement af en gaf aan dat het gehele wetsontwerp ingetrokken zou worden als de motie zou worden aangenomen¹⁰²² en gaf onomwonden en simpelweg als voornaamste reden om af te zien van de notariële interventie: het zo min mogelijk verstoren van het marktproces.¹⁰²³

7.8.2. Ook de Eerste Kamer voor een notariële interventie

Ook de Eerste Kamer was in meerderheid voorstander van notariële interventie, ditmaal met een nog bredere steun en via betogen die de een na de ander de wenselijkheid van de notariële tussenkomst aantoonde. Zo ook alle toenmalige coalitiepartijen, waaronder inmiddels zelfs de liberale VVD met een bijdrage van mevrouw Broekers-Knol: marktwerking zeker, maar toch niet altijd, en er mag niet worden voorbij gegaan aan goede argumenten, die wel een inbreuk op de marktwerking indiceren. Kamerbreed was dat de lijn. Alle duidelijkheid van de Kamer mocht echter niet baten. De minister gaf aan dat het notariaat alleen maar

¹⁰²² Kamerstukken II 2001/02, 23 095, nr. 15, p. 1 en 3.

¹⁰²³ Kamerstukken II 2000/01, 23 095, nr. 10 en 17, p. 6: de verplichte inschakeling van een deskundige kan, gelet op het regeringsbeleid van terughoudendheid ter zake van inmenging in het marktproces, niet worden aangemerkt als een middel dat evenredig is aan het doel, een zodanige verhouding tussen partijen te bewerkstelligen.

voor eigen parochie preekte¹⁰²⁴ en zette deze organisatie daarmee als te subjectief weg. Dat de makelaars ook wel degelijk eigen belangen hadden, paste niet in het betoog van de minister en werd ook niet genoemd. De marktcleer die voor het kabinet nog steeds heilig was, gaf na minister Korthals ook aan deze bepaald toch overigens niet marktbevlogen minister (Donner) geen centimeter ruimte.

Minister Donner gaf aan dat de verplichte inschakeling van een deskundige gelet op het regeringsbeleid van terughoudendheid ter zake van inmenging in het marktproces, niet kon worden aangemerkt als een middel dat evenredig was aan het doel, om een zodanige verhouding tussen partijen te bewerkstelligen.¹⁰²⁵ Het publieke belang dat met marktwerking gemoeid was, verkreeg het primaat boven het publieke belang van de kwaliteit van de rechtszekerheid bij de aan- en verkoop van consumptief vastgoed.

Een grote meerderheid van de Kamerleden had moeite met de uitkomst dat het toch de bedenktijd werd en niet de verplichte inschakeling van de notaris. Enkele fracties gingen alleen dan akkoord als de minister toezegde de desbetreffende regeling na enige jaren te zullen evalueren. Dat is inderdaad toegezegd, die evaluatie had al in de loop van 2008 zullen plaatsvinden. Tot maart 2011 was het er nog niet van gekomen. De behandeling van de wijzigingsvoorstellen van de Wna hadden daartoe een passende gelegenheid kunnen bieden of daarmee samen kunnen vallen, maar ook dat is niet gebeurd.

7.8.3. *Tegengaan van een overhaaste koopbeslissing*

In 2003 is in een absolute verkopersmarkt¹⁰²⁶ een bedenktijd van drie dagen ingevoerd voor uitsluitend de koper. Die koper kon in de toen geldende marktverhoudingen ook wel enige steun gebruiken. Maar het was wel een conjunctureel gedreven wetgeving.¹⁰²⁷ De voornaamste reden van de minister voor het invoeren van de bedenktijd was om het voor partijen mogelijk te maken een deskundige te kunnen inschakelen.¹⁰²⁸ Kijkend naar de doelstelling van de bedenktijd kan geconcludeerd worden dat de bedenktijd weinig doelmatig is in vergelijking met de andere mogelijke beschermingsmechanismen.¹⁰²⁹ De bedenktijd vervult een

¹⁰²⁴ Vrij naar de Handelingen 2002/03, nr. 27, EK, p. 831.

¹⁰²⁵ Kamerstukken II 2000/01, 23 095, nr. 10 en 17, p. 6; over een eenzijdige observatie immers over de succesvolle lobby van onder meer de makelaarsorganisaties (die het toen wel eens konden worden) werd met geen woord gerept, hoezeer ook zij hun territorium verdedigden.

¹⁰²⁶ Een marktsituatie waarbij er voor de te verkopen objecten zich meer kopers melden en ten gevolge daarvan de verkooptijd beperkt is. En de verkopers hebben de kopers daarmee voor het uitzoeken.

¹⁰²⁷ Plaggemars, A.D., De Notariswet van 1999: tien jaar zoeken naar balans tussen markt en publieke zaak, 10 jaar Wna, Marktwerking in het notariaat: droom of nachtmerrie, *Ars Notaria-tus* 143, p. 53/54.

¹⁰²⁸ Kamerstukken II 1995/96, 23 095, nr. 5, p. 4 (MvA).

¹⁰²⁹ Het inschakelen van de notaris bij de schriftelijke koopovereenkomst.

functie bij het tegengaan van een overhaaste koopbeslissing.¹⁰³⁰ Die overhaaste koopbeslissing wordt echter feitelijk ook getemporiseerd als een notaris wordt ingeschakeld. De notaris heeft immers voor de kadastrale en titelrecherche, de identificatie van partijen, het opmaken van de overeenkomst, de afspraak voor het ondertekenen en de gewenste *Belehrung* en *Beratung* tijd, vaak minstens die drie dagen nodig. Behalve het verschaffen van bedenktijd wordt dan ook gegarandeerd de juridische deskundige ingeschakeld. Ook zouden de drie dagen bedenktijd gehandhaafd kunnen worden. Naar mijn mening dan zowel voor de koper als voor de verkoper. Conjuncturen veranderen immers.

7.8.4. De rol van de makelaar

De rol van de makelaar zal met uitzondering van het opmaken van de schriftelijke koopovereenkomst ongewijzigd kunnen blijven. De makelaar bewerkstelligt dat verkoper en koper elkaar vinden. Daar gaat het partijen toch primair om. De (goede) makelaar kan en zal omtrent de bouwkundige staat adviseren, zal zich verdiept hebben in verdere bijzonderheden en daaromtrent informeren en in goede samenwerking met de notaris kunnen komen tot de schriftelijke overeenkomst.

Het opmaken van de koopovereenkomst, zeker in het consumentenvastgoed, behoort tot het vaste takenpakket van de meeste makelaars, behalve in Amsterdam, waar het gebruikelijk is dat de makelaar zich tot de notaris wendt met het verzoek de koopakte op te stellen.

De makelaarsorganisaties hadden erg veel gedaan aan de opleiding van hun leden. De NVM ging daar in voor, maar inmiddels volgde bijvoorbeeld ook de VBO daarin. De makelaars oude stijl¹⁰³¹ hadden zich goed ontwikkeld, een goede vooropleiding, beëdiging, regelmatige bijscholing onder andere in het juist hanteren van de kwalitatief goede modellen koop- en huurovereenkomsten, privaaten publiekrechtelijke ontwikkelingen, financiën, fiscaliteiten, taxaties en vastgoedeconomie.¹⁰³² En dan in 2001 onder het bewind van Annemarie Jorritsma als minister van Economische Zaken werd de makelaartitel opengesteld voor iedereen.¹⁰³³

De makelaartitel gaf daarna niet meer de zekerheid dat er een bepaald kwaliteitsniveau aan verbonden was. Notarissen moesten veel meer dan voorheen opletten of de schriftelijke koopovereenkomsten (die dan al wel gesloten waren)

1030 Rapportage Wet koop onroerende zaken, de evaluatie, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 129.

1031 Goede opleiding, test bij de Kamer van Koophandel, beëdiging door de arrondissementsrechter en daarmee een beschermde titel makelaar in onroerende goederen.

1032 Ontleend aan de opleidingsbrochure van de SOM, makelaarsopleiding.

1033 Het vrijgeven van de titel makelaar is zeker niet op alle fronten goed geweest, zie Gemeente Rotterdam, De fraude voorbij: Voorstel van Rotterdam voor een integrale aanpak van vastgoed- en hypotheekfraude, 27 november 2007, p. 13.

wel correct waren opgesteld. Kamerleden die bedenkingen hadden over de voor de beëdiging in de plaats geplande certificeringsregeling, hielden grote zorgen, niet alleen omtrent het niveau van de certificeringsregeling, maar ook of deze wel op tijd gereed zou zijn.¹⁰³⁴ Daarnaast mocht er zorg zijn over de uniformiteit. Makelaarsorganisaties zouden door middel van zelfregulering moeten komen tot een erkenningsregeling. Er werd door de minister van uitgegaan dat de verschillende makelaarsorganisaties tot één certificeringsregeling zouden kunnen komen. Er zou dan sprake zijn van één kwaliteitsniveau, van dezelfde opleidingseisen, leerplan, geschillenregeling en dat alles op 1 januari 2001 operationeel zou zijn.¹⁰³⁵ Dat was een goed plan, maar het is niet gelukt.

De Waarborgcommissie Register-makelaar waarin naast de makelaarsorganisaties NVM, LMV en VBO, vertegenwoordigers van consumenten (de Vereniging Eigen Huis), de Nationale Hypotheekgarantie, de KNB, de geldverstrekende instellingen (Contactorgaan hypothecaire financiers) en vertegenwoordigers van het bedrijfsleven, te weten het VNO-NCW en MKB, participeerden, is in haar opdracht om een eenvormige certificering voor alle organisaties tot stand te brengen, jammer genoeg niet geslaagd.

De commissie gaf in een persbericht aan verbaasd en teleurgesteld te zijn over de beslissing van NVM en LMV om met een eigen certificeringsregeling te komen. De commissie achtte deze stap niet in het belang van de branche¹⁰³⁶ en gaf aan dat er al overeenstemming was bereikt. De wens van beide afgehaakte makelaarsorganisaties om zich nader te profileren zal bij de beëindiging van het overleg de overwegende rol hebben gespeeld. Een stap die uiteindelijk jarenlang (en nog steeds) gezorgd heeft voor veel onduidelijkheid omtrent het niveau van de makelaars.

Het afschaffen van de beschermde titel heeft het aanzien van de makelaars en het publieke belang geen goed gedaan. Is er wel of niet deskundigheid bij een bepaalde makelaar en valt hij wel of niet onder toezicht/tuchtrecht? Het is niet meer zo duidelijk als voorheen bij de beëdigde makelaar/taxateur. Een paradepaardje van vrije marktwerking van Economische Zaken, maar een jammerlijke en onnodige vermindering van de algemene kwaliteit in de bemiddeling in het vastgoed. Een sector die fraudegevoelig is en waar het voor de participanten aan dat handelsverkeer altijd om grote belangen gaat.

De afweging of een regelgeving proportioneel is, moet niet alleen plaatsvinden om te kijken of de marktwerking niet onnodig wordt beperkt, maar had zeker in deze casus ook andersom toegepast moeten worden en wel of de deskundigheid en integriteit van de makelaar niet onnodig op het spel werden gezet. Bij

¹⁰³⁴ Kamerstukken I 2000/01, 26 667, nr. 61.

¹⁰³⁵ Kamerstukken I 2000/01, 26 667, nr. 61.

¹⁰³⁶ www.nieuwsbank.nl, persbericht van 20 april 2001.

objectieve en deskundige afweging van de proportionaliteit had de beschermde makelaarstitel nooit mogen worden prijsgegeven.

Afgezien van de verschillende onduidelijke certificeringsregelingen voor makelaars/taxateurs, waren vastgoedbemiddelaars/makelaars überhaupt niet verplicht zich bij een branchevereniging aan te sluiten. Een makelaar kan zich dus heel eenvoudig buiten het tuchtrecht stellen. Zelfs bij schorsing door een brancheorganisatie kan de (wel aangesloten) makelaar eenvoudig, weliswaar niet meer onder het label van die desbetreffende organisatie, maar toch als makelaar zijn vak blijven uitoefenen; de titel is immers vrij.

En juist in de tijd dat de makelaardij door afschaffing van de bescherming van de titel makelaar in haar gemiddelde niveau door de wens tot bevordering van marktwerking door de overheid wordt teruggeworpen, is diezelfde overheid om dezelfde marktoverwegingen van mening dat notariële tussenkomst niet gewenst is en dat kan worden volstaan met een schriftelijkheidsvereiste en een bedenktijd van drie dagen. Iedere burger en dus ook de niet-gekwalficeerde makelaar mag de koopakte van bijvoorbeeld een huis opmaken. Een weinig gelukkig voorbeeld van marktbevordering.

Een aankoop van vastgoed is een belangrijke gebeurtenis en verdient deskundige en integere begeleiding, van makelaars die wel verplicht zijn onderworpen aan toezicht en tuchtrecht en die adequaat zijn opgeleid.

De makelaars zouden daarom weer hun oude opleiding, de bescherming van de titel en de beëdiging moeten terugkrijgen. Althans, zou een regeling moeten worden getroffen waardoor het publiek er weer op kan vertrouwen dat als men gebruik maakt van de diensten van een makelaar, die diensten van goede minimumkwaliteit en integriteit zijn, dat er een tuchtrecht voor makelaars bestaat met een goed handhavingbeleid ten aanzien van voor alle makelaars geldende voorschriften.

7.8.5. Ontwikkelingen na het moment waarop de bedenktijd werd ingevoerd

Naast alle civielrechtelijke argumenten, rechtszekerheid, rechtsbescherming en rechtspreventie van alle partijen, is er inmiddels een versterkt aanvullend betoog pro notariële koopakte te houden.¹⁰³⁷ De commissie-Hammerstein noemt het ook in haar rapport: dat de notaris van de aanvang af inzicht kan krijgen in de hoedanigheid en de identiteit van betrokkenen, hetgeen van groot belang kan zijn bij het tijdig onderkennen van dubieuze transacties.¹⁰³⁸

¹⁰³⁷ Plaggemars, A.D., De Notariswet van 1999: tien jaar zoeken naar balans tussen markt en publieke zaak, 10 jaar Wna, Marktwerking in het notariaat: droom of nachtmerrie, *Ars Notaria-tus* 143, p. 54.

¹⁰³⁸ Rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het Notarisambt, *Het beste van twee werelden*, september 2005, p. 39.

In 2005 adviseerde de commissie-Hammerstein de notariële tussenkomst bij het opstellen van de koopakte. Inmiddels is ook ingevoerd de Wwft, welke wet de poortwachtersfunctie van de notaris stimuleert. Volgens Waaijer in zijn rede ter gelegenheid van het aanvaarden van het hogeleraarsambt op 2 oktober 2009, verplicht de nieuwe meldingswetgeving tot meer dan alleen maar melding.¹⁰³⁹ De notaris zal onder omstandigheden ook zijn dienst moeten weigeren en zijn kennis die tot de weigering leidde, moeten delen. Hoe zeer er ook daarmee weer een stukje van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht wordt ingeleverd, is dat toch een ontwikkeling in het algemeen belang. Het is van belang dat al in de obligatoire fase mogelijke criminaliteit wordt geconstateerd, zodat de bovenwereld mede daardoor steeds moeilijker in de bovenwereld kan doordringen. Notarissen kunnen en zullen daar in toenemende mate in bijdragen, de notariële koopakte geeft daartoe, met hulp van de Wwft nieuwe bestrijdingsmogelijkheden. Ook het Openbaar Ministerie en de fiscus kunnen daar hun voordeel mee doen.¹⁰⁴⁰

Alle reden om de bedenktijd van drie dagen te vervangen door of aan te vullen met een overpeinsmoment bij de notaris. Doordenken in een stadium dat er voor zowel koper als verkoper nog wat te informeren, te adviseren en naar aanleiding daarvan te overpeinzen valt. Niet langer een eenzijdige bescherming.

Nogmaals aanbeveling 4.4 van de commissie-Hammerstein:

‘Om de Amsterdamse praktijk bij de koop van onroerend goed een wettelijke basis te geven opdat de notaris conform de verwachtingen van de koper en verkoper in staat wordt gesteld alle elementen van zijn kerntaak volledig uit te oefenen ten behoeve van de rechtszekerheid en rechtsbescherming van zowel verkoper als koper. De alsdan op te maken notariële akte dient de authentieke vorm te krijgen, althans in tegenwoordigheid van de notaris in persoon worden ondertekend en ter registratie en ter Vormerking worden aangeboden.’

Inderdaad, bij voorkeur ook naar mijn mening in de authentieke vorm. Daardoor wordt gegarandeerd dat de notaris of zijn ambtswaarnemer persoonlijk de tekst met partijen doorneemt en de ondertekening niet elders op een lager niveau in de organisatie plaatsvindt.

De commissie-Hammerstein schrijft in haar rapport dat Nederland vele miljoenen percelen kent met vele miljoenen eigenaren. Jaarlijks vinden honderdduizenden mutaties plaats, 437.000 in het jaar 2003.¹⁰⁴¹ Alles pleit voor een goed en waterdicht systeem van overdrachten vastgoed en kadastrale registratie.

¹⁰³⁹ Waaijer, B.C.M., Wat was was voordat was was was? (rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hogeleraar Notarieel Recht aan de UvA op vrijdag 2 oktober 2009), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2010, p. 12.

¹⁰⁴⁰ Zoals dat begin jaren negentig van de 20e eeuw het geval was en nog steeds is bij de verplicht notariële aandelenoverdracht.

¹⁰⁴¹ Jaarverslag 2004 van het Kadaster.

Het Molengraaff Instituut voor privaatrecht dat de Rapportage Wet Koop Onroerende Zaken heeft geëvalueerd, heeft daarover in november 2009 zijn rapport uitgebracht. Het is een omvangrijk rapport geworden van 353 bladzijden, waarbij vele relevante onderwerpen de revue zijn gepasseerd, zoals het schriftelijkheidsvereiste ex artikel 7:2 BW; de bedenktijd; de Vormerkung ex artikel 7:3 BW; de positie van de notaris en de vastgoedfraude. Over de tussenkomst van de notaris spelen volgens de commissie een aantal factoren een rol, zoals de wettelijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid; de specifieke juridische deskundigheid van de notaris op het gebied van koop; betrokkenheid van de notaris betekent al in de obligatoire fase inschakeling van zijn deskundigheid; reparatiewerk in de leveringsakte kan worden voorkomen. De commissie meent dat op grond van die factoren de notariële interventie wenselijk, maar niet noodzakelijk is.¹⁰⁴² De woordkeuze van het Molengraaff Instituut is bescheiden en voorzichtig met de bewoordingen 'wenselijk maar niet noodzakelijk'. Het was echter genoeg om de eertijds zo succesvolle makelaarslobby van onder meer NVM, de VBO, de LMV, de Vereniging Eigen Huis, de Consumentenbond en de VNO-NCW en MKB-Nederland weer op gang te krijgen.¹⁰⁴³

Het Molengraaff Instituut en de NVM zijn het eens in de opinie dat de tussenkomst van de notaris niet per se noodzakelijk is. Het Molengraaff Instituut geeft beargumenteerd aan dat het wel gewenst is, maar over die strofe zwijgt de NVM.

Vervolgens heeft de NVM een onderzoek laten doen naar deze problematiek door SEO Economisch Onderzoek. Baarsma komt in het rapport tot de slotsom dat er economisch gezien geen reden is voor de verplichte inschakeling van de notaris.¹⁰⁴⁴ Dat is bekende taal, ook bij de NVM en strookt met de vrije-marktopvattingen van Baarsma, die in casu aangeeft het als een te forse ingreep in de markt te beschouwen. Ook aan die zijde van het spectrum derhalve weinig nieuws. De in de jaren negentig van de vorige eeuw gepropageerde vrije-marktwerking wordt in SEO-rapport nog ten volle beleden. Zelfs wordt de wetgever een paternalistische houding verweten als het toch tot de verplicht notariële koopakte zou komen. Geconstateerd wordt dat notarissen een belangrijke taak vervullen: ze leveren rechtszekerheid waarmee zij een publiek belang vervullen. Maar ook dat zij daarmee ook hun eigen belang dienen; immers, hoe meer akten en hoe hoger de tarieven, hoe meer ze verdienen.¹⁰⁴⁵ Ondanks het publieke belang dat gediend wordt, moet de koopakte toch maar niet notarieel worden. Het is immers allemaal eigen (notarissen)belang. Ook nu wordt het eigen belang van de makelaars niet

¹⁰⁴² Molengraaff Instituut, Rapportage Wet koop onroerende zaken, de evaluatie, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 351.

¹⁰⁴³ Het bulletin van de NVM, Nieuwegein, februari 2010.

¹⁰⁴⁴ Baarsma, B., m.m.v. Risseuw, P., SEO-rapport nr. 2010-64 in opdracht van NVM, Waarvan Akte?, Economisch perspectief op de verplichte inschakeling van de notaris in de obligatoire fase.

¹⁰⁴⁵ Idem, p. 9.

genoemd. Het wijzen op eigenbelangen (van notarissen of makelaars) vormt niet het meest verheffende en ook niet het meest relevante deel van het debat.

Publiek belang moet de toetssteen zijn. In wezen blijven de pleidooien steken in hetzelfde verhaal. Het opheffen van rechtsonzekerheid bij contractspartijen vormt het argument aan de ene zijde. Het niet belemmeren van de vrije markt is het argument aan de andere zijde van het spectrum. Ik ga, met inachtneming van alle kanttekeningen hierover in dit boek gemaakt, mee in de opinie van het Molengraaff Instituut, met dien verstande dat de koopakte dan weliswaar niet absoluut noodzakelijk, maar wel gewenst en ook redelijkerwijs noodzakelijk is. Die laatste formulering is de omschrijving die ook in Wouters¹⁰⁴⁶ door het HvJ EU gehanteerd wordt. De formulering ‘gewenst’ komt dicht in de buurt van redelijkerwijs noodzakelijk. Het middel van de vrije-marktwerking mag niet het doel van de rechtszekerheid beperken. Het middel is dienstig aan het doel en niet andersom. Vrijheid blijheid gaat hier niet op.

Het is daarmee wenselijk dat de notaris in een vroeg stadium zijn specifieke kennis toevoegt aan de algemenere en op andere onderdelen specifieke kennis van de makelaar. Deze kennis moet de notaris ook tijdig ter beschikking stellen van de door de makelaar samen gebrachte verkoper en koper, in die zin dat de koopakte door de notaris gaat worden opgemaakt.¹⁰⁴⁷ Zeker, het gaat al jaren vaak anders en dat lukt ook, maar het kan beter en optimalisatie van het rechtsverkeer betreffende vastgoed zou het uitgangspunt moeten zijn. Ook in de obligatoire fase is een goede samenwerking van makelaar en notaris gewenst en wel ten bate van hun gezamenlijke cliënten. Dat belang is wel maatgevend.

7.9. Interdisciplinaire samenwerking

De eerste voorwaarde van Verstappen en de ingetrokken motie De Jong ter zake, zouden alsnog in de regelgeving moeten worden opgenomen. Dat wil zeggen dat ter borging van de onafhankelijkheid overwogen zou kunnen worden om IDS uitsluitend nog toe te staan als er niet een gezamenlijke deling van winst en verlies

¹⁰⁴⁶ Zaak C-309/99 (Wouters), r.o. 107.

¹⁰⁴⁷ Van Mourik is al jaren verklaard voorstander van het verplicht stellen van de tussenkomst van de notaris in de obligatoire fase, maar hij stelt recent (tijdens het lustrumcongres van Netwerk notarissen, Website voor juristen 29 november 2010 door redactie Mr) voor om alles in één fase te regelen: dus voorlopige koopakte en overdrachtsakte samenvoegen. Dat klinkt sympathiek, zeker voor verkoper en koper. Dat lijkt wel met zich te brengen dat dan de drie dagen bedenktijd zou worden afgeschaft. Dat hoeft geen bezwaar te zijn, immers de tijd die de notaris nodig heeft om alles voor te bereiden, zal minstens drie dagen betreffen. Wel zou dan bepaald moeten worden dat de koper zich tot ondertekening bij de notaris kan terugtrekken. Moeilijker zou het worden met de ontbindende voorwaarden van bijvoorbeeld financiering (die vrijwel standaard wordt opgenomen). Voor mij is het niet duidelijk hoe dat zou moeten worden opgelost in één fase. Vooralsnog geef ik daarom de voorkeur aan de notariële tussenkomst in twee fasen.

plaatsvindt. De toekomst zal uitwijzen of er dan vanuit andere disciplines nog veel belangstelling voor samenwerking met notarissen bestaat, of dat die door deze maatregel verder vermindert of juist zal toenemen. Die interesse is er nu voornamelijk voor de samenwerking met notarissen, die zich bezighouden met de wat profijtelijker vakgebieden, althans wat betreft de winst- en verliesdelende combinaties. Nadeel van dit voorstel dat op zich goed is voor de bevordering van de onafhankelijkheid en de zielerust van de notarissen (en advocaten), is dat zich een ontwikkeling inzet waarbij de niet-notariële partners zaken die hoewel meer binnen de deskundigheid van de (kandidaat-)notarissen liggend, toch om redenen van de (eigen) winstmaximalisatie aan zich gaan houden, dat daarmee de advisering tot aan de akte kan verschuiven van notariaat naar advocatuur en dat de notaris in die combinaties mogelijk meer dan nu tot pure passeernotaris (rubberaar/registrator) zal verworden. Dat zou een jammerlijke consequentie zijn. De regelgeving met name ten aanzien van de onafhankelijkheid van de notaris zal dan wel een kansrijker bestaan hebben als er geen directe of indirecte invloed van niet-notariële partners via de resultatenrekening plaatsvindt, maar de notariële taak binnen die combinaties maakt een gereede kans te verschrallen, indien en voor zover althans de advocatuur de eerste aanvliegroute vormt voor de cliënt.

7.10. Gerichtskommissar

Oostenrijk, Slowakije en Tsjechië kennen het instituut van de *Gerichtskommissar*. Niet toevallig dat Tsjechië en Slowakije ook in dit opzicht de Oostenrijkse regelgeving bij het vaststellen van de nieuwe wetgeving na het ineenstorten van de vroegere communistische regimes in Oost-Europa zijn gevolgd.

De gerechtscommissaris houdt zich in Oostenrijk onder meer bezig met vrijwillige verkopen, de inventarisering van onder bewind staande zaken en gelden en de controle van verantwoordingen van bewindvoerders. Dat alles gebeurt onder het toezicht van de fulltime gerechtelijke instanties. In Oostenrijk gelden de activiteiten van de *Gerichtskommissar* als een van de belangrijkste werkterreinen van de notaris.¹⁰⁴⁸

In Slowakije is het instituut van de *Gerichtskommissar* ingevoerd in 1995. Met name in erfeniskwesties zijn aan de gerechtscommissaris bij wet veel werkzaamheden opgedragen. De handelingen van de notaris als gerechtscommissaris gelden als handelingen van de desbetreffende gerechtelijke instantie, waaraan de notaris verbonden is. De inschakeling van de notaris als gerechtscommissaris heeft in belangrijke mate bijgedragen aan de oplossing en vermindering van het aantal onopgeloste erfeniskwesties. Vlak voor de instelling van het *Gerichtskommissariat* in 1995 bedroeg het aantal van die lopende kwesties nog ruim 200.000,

¹⁰⁴⁸ Notarbild im Mitteleuropa, Band 7, Wien 2003, Center of legal competence, p. 55.

omstreeks 2003 waren dat er nog 47.000.¹⁰⁴⁹ Publiek, rechterlijke macht en notariaat zijn bij de instelling van de gerechtscommissaris gebaat.

Ook in Tsjechië fungeert de notaris in erfrechtaangelegenheden als gerechtscommissaris en zijn hem in die hoedanigheid gerechtelijke bevoegdheden toegekend. Naast het erfrecht zijn hem, in het begin van deze eeuw, aanvullend ook taken opgedragen inzake het pandrecht.

Door de invoering van de *Gerichtskommissar* is in alle drie de landen de druk op de rechterlijke macht verminderd.

In Nederland vervult de kantonrechter een belangrijke rol, bijvoorbeeld voor erfgenamen die met een executeur te maken hebben, onder bewind gestelde erfenissen en voor legitimarissen. Nergens is de rol van de notaris als *Richter im Vorfeld* zo merkbaar als juist in het erfrecht, ook in Nederland. De kantonrechter heeft een belangrijke rol als geschillenbeslechter, maar heeft ook een niet-contentieuze taak, bijvoorbeeld bij de bescherming van de belangen van minderjarigen, bij goedkeuring van de rechtbank voor het aangaan van huwelijkse voorwaarden tijdens het huwelijk, de goedkeuring van een verdeling,¹⁰⁵⁰ de uitoefening van wilsrechten¹⁰⁵¹ en de aanvaarding of verwerping van een nalatenschap.¹⁰⁵²

Er zijn tal van aanknopingspunten om in Nederland het voorbeeld van de genoemde Midden-Europese landen te volgen en het instituut van de gerechtscommissaris in de wet in te voeren en om de notaris met die taak te belasten. De notaris is volgens de wet nog steeds onafhankelijk en onpartijdig, zijn kennis op het terrein van het erfrecht, huwelijksvermogensrecht en familierecht is door opleiding en ervaring aanzienlijk. Evenzo als in de landen die het instituut van de gerechtscommissaris reeds kennen, zullen ook in Nederland zowel het publiek als de rechterlijke macht en de notaris met zo'n gerechtscommissariaat gediend zijn. Een dergelijke taak zo dicht tegen de rechterlijke macht aan georganiseerd en in wezen daar mogelijk deel van uitmakend,¹⁰⁵³ past ook in het kader van de Nederlandse met overheidsgezag belaste notaris.

Ook Van Mourik breekt een lans voor deze rechtsfiguur met onder meer als argument dat de ambtelijke status van de notaris dient te worden versterkt en een vlotter verloop van de boedelafwikkeling dient te worden bevorderd door een aantal niet-contentieuze bevoegdheden die nu nog bij de kantonrechter berusten, aan de notaris toe te kennen.¹⁰⁵⁴

1049 Notarbild im Mitteleuropa, Band 7, Wien 2003, Center of legal competence, p. 103.

1050 Artikel 3:183 lid 2 BW.

1051 Artikel 4:26 BW.

1052 Artikel 4:192 lid 2 en artikel 4:201 lid 2 BW.

1053 De keuze of dat in opdracht van de rechter zal geschieden of de notaris als onderdeel van de rechterlijke macht kan nader gemaakt worden. In met name Oostenrijk hangt de keuze van de rechtsfiguur af van de desbetreffende taak (Notarbild, p. 56).

1054 Van Mourik, De notaris, de kantonrechter en het erfrecht, WPNR 04/6574, p. 279 e.v.

In het kader van de bevordering van de ambtelijke status van de notaris en de inpassing in de rechterlijke macht zou deze taak heel goed onder een tarief-regeling kunnen gaan vallen. De *Kostenordnung*, zoals Duitsland die kent voor rechters en notarissen, kan daarbij als voorbeeld dienen.

7.11. Naast het CTR mogelijk andere registers door KNB te initiëren en vervolgens te beheren

Van de in het Tweede Luik geïnventariseerde openbare registers, al dan niet onder beheer van het notariaat, zou een aantal ook voor Nederland in een behoefte kunnen voorzien.

De meest opvallende registers worden hier nogmaals genoemd. Zo kent Duitsland een register inzake volmachten, Tsjechië een register inzake pandrechten en in het Koninkrijk Spanje is een register ingevoerd inzake ingetrokken volmachten. Al deze registers zijn in beheer bij de notariële organisaties in die landen.

In Nederland is zoals gezegd het beheer en onderhoud over het CTR inmiddels via mandaat aan de KNB toevertrouwd. Maar er zou meer kunnen zijn. Zo stelt zowel de Werkgroep I als de Werkgroep II van de KNB aan het bestuur van de KNB voor om het CTR aan te vullen met een levenstestamentenregister,¹⁰⁵⁵ een aandeelhoudersregister en een register inzake bewindvoeringen.¹⁰⁵⁶ De commissies geven daarbij aan daarmee verder te gaan op de met het CTR en ECH ingeslagen weg. Ik ben er dan een voorstander van dat daarin de gehele verantwoordelijkheid bij de KNB komt te liggen en niet gedeeld wordt met andere instanties. De CTR-constructie is dan het meest gewenste model.

De registers kunnen bijdragen aan een goede beroepsuitoefening door de (kandidaat-)notarissen. In die zin zal het ook vallen onder de omschrijving van de KNB-doelstelling van artikel 61 Wna. Ook de behartiging van de publieke belangen zijn met de instelling van nadere registers gemoeid en aldus past het ook in de omschrijving van de Wna 1999betreffende datgene waar de KNB zich mee mag bezighouden.

Van de in de voormelde registers in andere landen spreekt ook zeker het Spaanse register inzake ingetrokken volmachten aan. Een volmachtregister naar Duits voorbeeld kan ook, maar de gevolmachtigde zal toch vrijwel altijd wel over een volmacht beschikken die hij als dat nodig is, kan tonen. Minder zeker is of hij ook de akte toont waarbij van zijn volmacht ontheven is. Het lijkt mij wenselijk in Nederland te komen tot de invoering van:

¹⁰⁵⁵ Notarissen van de Vereniging van Estate planners in het Notariaat (EPN) en Netwerk notarissen hebben in deze trant levenstestamenten ontwikkeld. Publicatie in Novotatie.nl, datum bericht 30 september 2010.

¹⁰⁵⁶ Resp. p. 23 en p. 22, van de desbetreffende rapporten uitgekomen in het voorjaar van 2010.

- een register van ingetrokken notariële volmachten om de rechtszekerheid te bevorderen en daarmee het publiek belang te dienen;
- de invoering van een levenstestament en een bijbehorend centraal register;
- een pandregister.

7.12. Proportionaliteit/noodzakelijkheid van de correcties/aanpassingen

Zowel de wetgever als de KNB zal bij de vaststelling van wetten respectievelijk verordeningen ook voor het notariaat de proportionaliteitstoets, bij voorkeur op basis van het arrest Wouters¹⁰⁵⁷ moeten toepassen. Of de notaris nou wel of niet een onderneming vormt, het is redelijkerwijs noodzakelijk bij de regelgeving rekening te houden met de specifieke positie van de notaris. Hij is belast met overheidsgezag en zelfs als het HvJ EU zou uitmaken dat hij dat niet is, dan nog is de bijzondere positie van de notaris als rechtstreeks en specifiek door de overheid benoemd en rechtstreeks en specifiek bij wet met exclusieve taken belast, wel zeer dicht tegen de overheid aan gesitueerd. Hij zal die door de overheid opgedragen taken moeten vervullen in een bepaalde mate van competitie met ambtgenoten.

De regelgevers zullen verantwoordingsvol en deskundig moeten afwegen of de voor te stellen regels in een redelijke verhouding staan tot de publieke taak die moet worden uitgeoefend en of zij redelijkerwijs noodzakelijk kunnen worden geacht ter verzekering van de goede uitoefening van het ambt van notaris, met name zoals dat in Nederland is georganiseerd en of zij niet (redelijkerwijs) onnodig de marktwerking beperken. Wouters hanteert nadrukkelijk de term ‘redelijkerwijs noodzakelijk’ en geeft aan dat daarbij de organisatie van de professie in de desbetreffende lidstaat mede in de overwegingen mag worden betrokken. In Nederland hoeven wij het niet precies zo te doen als bijvoorbeeld in Duitsland gebruikelijk is en omgekeerd evenmin. Een *case by case*-behandeling per EU-lidstaat is derhalve met Wouters nadrukkelijk mogelijk geworden en dat is toe te juichen en toe te passen bij alle wegingsmethoden. Vele van de regels in de Wna-1999 en evenzo in de voorgestelde wijzigingen zullen die Wouters-toets kunnen doorstaan.

Het is echter bijna niet voorstelbaar dat bij de in 1999 voorziene en in 2003 inderdaad ingevoerde vrijlating van de tarieven een proportionaliteitstest in alle deskundigheid en objectiviteit is uitgevoerd. De minister gaf aan dat door de vrijlating van de tarieven deze zouden dalen en de kwaliteit van de dienstverlening zou toenemen. De mening van de beroepsgroep werd als volstrekt subjectief terzijde geschoven. Ook de vele twijfels en daarbij behorende vragen in de Kamer mochten niet baten.

¹⁰⁵⁷ Zaak C-309/99 (Wouters), r.o. 107.

7.13. Flankerende kwaliteitsbevorderende maatregelen

Hiervoor heb ik geconstateerd dat ieder land zich de vraag moet stellen wat het van zijn notariaat verwacht en dat het vervolgens de daarbij passende regelingen moet treffen. Nederlandse bewindslieden en Kamerleden hebben, zoals we zagen, een en andermaal benadrukt dat er gestreefd wordt naar een kwalitatief goed notariaat. De herinvoering van een persoonlijkheidstoets voor een aanstaand notaris is een goede stap.¹⁰⁵⁸ De maatregel om de tarieven af te schaffen lijkt echter niet primair op dat uitgangspunt gestoeld te kunnen zijn, hoewel dat bij voortduring wel gesteld is.

Hiervoor is gepleit voor een herinvoering van tarieven in die gebieden waar een grote informatietransparantie structureel blijkt te zijn en tevens een publiek belang in het geding is.

Met zo'n maatregel wordt in ieder geval een incentive om kwaliteitsarmer te produceren weggenomen. Maar dat alleen is niet voldoende. Flankerende maatregelen om kwaliteit te bevorderen kunnen zijn:

1. De KNB zal verder moeten gaan op de goede weg die zij al is ingeslagen met het vaststellen van verschillende protocollen, zoals het reglement contanten, de beleidsregel tijdstip uitbetaling van gelden, de beleidsregel uitbetaling van gelden aan derden, verordening op de kwaliteit en de aangehouden code HOT (helder offrenen tarieven). Uit het ophouden van die regeling blijkt wel dat vrije beroepers veelal graag echt vrij zijn. Maar dat past niet onverkort bij een openbaar ambt.
2. Er moeten normen worden vastgesteld voor een goede dienstverlening, er moeten goede indicatoren komen die regelmatig worden gecontroleerd, de kwaliteit van de notariskantoren moet gemonitord worden en dat niet alleen ten aanzien van de WwfT.
3. Kwaliteitscontrole moet gepaard gaan met actief toezicht.
4. Het geheel behoort onderhevig te zijn aan een effectief tuchtrecht.
5. De academische opleiding moet gehandhaafd worden, er moeten ter wille van de bezuinigingen geen concessies aan het niveau worden gedaan.¹⁰⁵⁹
6. De beroepsopleiding moet worden aangepast aan de strengere eisen die aan het ambt gesteld worden.¹⁰⁶⁰
7. Specialiseren moet ook in nichekantoren mogelijk worden: specialisatie binnen de controle-, toezicht- en tuchtrechtcirkel van het notariaat.

¹⁰⁵⁸ Artikel 8 voorgestelde wijziging Wna, wetsontwerp 32 250.

¹⁰⁵⁹ Mourik, M.J. van, Bachelor en Masters. De notariële opleiding in het ba-ma-tijdperk, WPNR, 2004, 6581, 12 juni 2004, p. o.m. § 4 en 8.

¹⁰⁶⁰ Zie ook het Advies van de werkgroep herziening onderwijsprogramma beroepsopleiding notariaat, oktober 2010.

Inderdaad blijft er dan voor het vrije beroep minder vrijheid over. Dat moet dan maar geofferd worden op het altaar van het publiek belang. Aldus een meer-sporen- en coherent beleid voor een blijvend kwalitatieve en integere notariële dienstverlening die ook weer aantrekkelijk en bereikbaar gaat worden voor zowel starters als zij-instromers.

Aanbevelingen

Het is niet mijn bedoeling om alle aanbevelingen waartoe de voorgaande tekst aanleiding zou kunnen geven hierna weer te geven. Desalniettemin heb ik mij eraan gewaagd toch een aantal aanbevelingen los van de stellingen te vermelden.

Naar aanleiding van het Eerste Luik:

1. Zoals in de Kamers van Toezicht per definitie notarisleden zitten, zo hebben in de Notariskamer ook af en toe één of meer raadsheren(-plaatsvervanger) met ervaring in de notariële praktijk zitting. Dit laatste zou in het notariële tuchtrecht ook bij het Hof standaard moeten zijn.
2. Mede door de beperktere mogelijkheden van de KNB om onderwerpen bij verordening te regelen, wordt de kans vergroot dat er onderwerpen ter beslechting bij de Kamers van Toezicht en in hoger beroep bij de notariskamer van het Gerechtshof Amsterdam komen, die zich mogelijk beter zouden lenen voor regeling bij verordening door de KNB en waarmee eigenlijk de tuchtrechter niet belast zou moeten worden. De beperking die gelegen is in artikel 89 lid 2 Wna ten aanzien van de woorden 'strikt noodzakelijk' is niet nodig en kan zelfs marktverstorend werken. Het eerste lid geeft zo'n forse en belangrijke opdracht aan de KNB dat de uitvoering daarvan niet onnodig door de woorden strikt noodzakelijk beperkt behoort te worden.¹⁰⁶¹ Dit zou moeten worden aangepast. Er zal dan meer via verordening geregeld kunnen worden, waardoor de rechter wordt ontlast.
3. Het notariaat moet werken aan een permanent proces van verbetering van vaardigheid, kwaliteit en functioneren om het publiek blijvend goed te kunnen bedienen. Zodanig, dat er geen aanleiding is tot een maatschappelijke en/of politieke roep om het notariaat verder te dereguleren op een wijze die het ambt in de kern van zijn functioneren zou aantasten.¹⁰⁶²

Naar aanleiding van het Tweede Luik:

1. Wat in Duitsland als verplichting is voorgeschreven, om bij afwijking door partijen van de adviezen van de notaris een en ander in de akte te vermelden, verdient navolging in andere landen.

¹⁰⁶¹ N.a.v. Verstappen in De Practycke van een notaris en Huygen en Pleysier (wetgeving op het notarisambt).

¹⁰⁶² Ontleend aan de opmerkingen van de Italiaanse notariële beroepsorganisatie.

2. Het is goed in alle redelijkheid een proportionaliteitstoets toe te passen op nieuwe regelingen, maar ook van tijd tot tijd bestaande (KNB-)regels daaraan (nogmaals) te onderwerpen. Daarbij behoort voortdurend oog te zijn voor mogelijke alternatieve oplossingen.
3. Eenheid in verscheidenheid. Een pluriform Latijns-Europees notariaat met respect voor de wijze waarop het ambt per land is georganiseerd, is een goede zaak. Maar landen zouden wel over de landsgrenzen heen moeten kijken om van elkaar te leren.
4. De KNB zou onder de paraplu van het Centraal testamentenregister een register van levenstestamenten en ingetrokken notariële volmachten kunnen gaan aanhouden.
5. Bij een internationaliserend rechtsverkeer en gezien de organisatiegraad van de EU-notariaten zou een nadere aansluiting van met name de testamentenregisters op elkaar in een grote rechtsbehoefte voorzien. Geen testament kennen geeft grotere problemen dan de oplosbare onbekendheid met een buitenlands rechtstelsel.

Naar aanleiding van het Derde Luik:

1. De notaris legt aan de kantoorgenoten de verplichting op dat deze zich, evenals de notaris, onthouden van voor de notaris bij of krachtens de wet verboden handelingen.¹⁰⁶³ Dat gaat te ver. Bovendien is dit voorschrift dan wel slechts een inspanningsverplichting van de notaris, maar het is mogelijk een van de meest overtreden regels: te zwaar aangezet en bovendien niet te controleren. Een voorbeeld van een regel die maar beter kan verdwijnen.
2. De beroepsopleiding zal breed moeten blijven, juist om de kennis op de andere niet-uitgeoefende vakgebieden te bevorderen. Voor de wel gekozen vakgebieden moet een specialistische kopcursus kunnen worden gevolgd.
3. Het lijkt verantwoord de stageperiode ook in absolute zin korter te maken. De toetreding tot het ambt van notaris zou daarmee gemakkelijker en aantrekkelijker kunnen worden gemaakt.
4. Het moet herintreders en zij-instromers in het notariaat niet al te moeilijk, respectievelijk niet vrijwel onmogelijk gemaakt worden om toe te treden tot het notariaat. In maximaal een halfjaar kan de kennis weer voldoende geactualiseerd zijn, eventueel aangevuld met een actuele-kennistoets. Het is zeker bij herintreders een kwestie van studeren, meer nog dan van opnieuw in de praktijk werken. Een aanzienlijke versoepeling van de twee-uit-drie-jarenregeling is gewenst.
5. Het ministerie van Justitie zou een werkgroep in het leven kunnen roepen onder voorzitterschap van bijvoorbeeld een (oud-)president van een (Amster-

¹⁰⁶³ Vademecum regelgeving notariaat 2010, toelichting bij artikel 5, eerste volzin van de Verordening interdisciplinaire samenwerking 2003.

dams) gerechtshof om een convenant op te stellen¹⁰⁶⁴ voor de samenwerking en taakverdeling van/tussen KNB en BFT. Voor het geval dat werkoverleg te zijner tijd mogelijk niet zou uitmonden in kwalitatieve, werkbare en de efficiëntie bevorderende afspraken, is het goed dat er nu al bij wet een artikel wordt toegevoegd. Daarmee moet het mogelijk worden gemaakt voor de minister van Justitie om bij algemene maatregel van bestuur ter zake een regeling op te leggen.¹⁰⁶⁵

6. Aan artikel 25 van de KNB-verordening beroeps- en gedragsregels kan een tweede lid worden toegevoegd. Daarin wordt de passerende notaris verplicht om in geval van optreden van hem en/of een andere notaris als partijnotaris, dit in de notariële akte te vermelden. Tevens dient vermeld te worden dat zijn eventueel opvolgende rol als passeernotaris, met instemming van alle bij de akte betrokken partijen heeft plaatsgevonden. Door ondertekening van de akte stemmen partijen alsdan ook met die strofe in.
7. De makelaars zouden weer hun oude opleiding en bescherming van de titel en de beëdiging moeten terugkrijgen. Althans, er zou een regeling moeten worden getroffen, waardoor het publiek er weer op kan vertrouwen dat de diensten van een makelaar van een goede minimumkwaliteit en integriteit zijn: een ter wille van het publiek beschermde makelaartitel. Dat moet gepaard gaan aan een goed toezicht en een adequaat tuchtrecht.
8. Er zijn tal van aanknopingspunten om in Nederland het voorbeeld van Oostenrijk te volgen en het instituut van de Gerechtscommissaris in de wet in te voeren. Aan de notaris kan die taak worden opgedragen. De notaris is onafhankelijk en onpartijdig, zijn kennis op het terrein van het erfrecht, huwelijksvermogensrecht en familierecht is zowel door opleiding als door ervaring aanzienlijk. Zowel publiek, rechterlijke macht als notaris zijn daarmee gediend. De rechterlijke macht wordt daardoor ontlast.
9. Toezicht is een goede zaak. Maar goed toezicht is duur. Het zelfrijzend-bakmeelgehalte bij toezichthouders moet worden verminderd. Daartoe kan meer gebruik gemaakt worden van een uitbesteding van taken aan beroepsorganisaties en vergelijkbare instanties. In samenwerkingsconvenanten kan een en ander worden geregeld. De toezichthouder controleert de uitgevoerde toetsingen. De beroepsorganisaties en andere kunnen de toezichttaken op hun beurt weer vergemakkelijken door de onder toezicht gestelden te verplichten tot het hanteren van kwaliteitsprotocollen.¹⁰⁶⁶

¹⁰⁶⁴ Te vergelijken met de werkgroep Interdisciplinaire samenwerking o.l.v. de oud-president van Hof Amsterdam, zoals die is ingesteld op verzoek van de ministers van Economische Zaken en Justitie in oktober 1999.

¹⁰⁶⁵ Zoals ook gebeurd is in artikel 54 lid 1 Wna 1999, ter zake van de notariële honoraria.

¹⁰⁶⁶ Vergelijk in dat kader ook het in deze dissertatie vermelde onderzoek van Paul Grout, hoogleraar politieke economie aan de universiteit van Bristol (Verenigd Koninkrijk), waaruit blijkt dat klachten door zelfregulering het minst voorkomen bij de heel grote kantoren (21 of meer advocaten).

10. Het is aan de KNB de fabel door te prikken, zoals die door de opvolgende kabinetten werd verkondigd, dat in geval van vrije tarieven de kwaliteit omhoog zou gaan.
11. De KNB zal verder moeten gaan op de goede ingeslagen weg van het ontwikkelen van kwaliteitsprotocollen. Nadere normen moeten worden vastgesteld, indicatoren ingesteld en het geheel moet regelmatig worden gemonitord. Alles onder een effectief en adequaat toezicht en navenant tuchtrecht.
12. Meten is weten en daarom is het zaak het onderzoek naar mogelijk kwaliteitsverlies in de notariële dienstverlening zo snel mogelijk op te starten en dat gedurende een aantal jaren te blijven monitoren.

De kantoren met twee tot vier advocaten bleken in zijn onderzoek zestig keer toegankelijker voor onfrisse zaken.

SAMENVATTING – SOMMAIRE – SUMMARY

Samenvatting

Inleiding

De inleiding behandelt de noodzaak van het borgen van de rechtszekerheid in het rechtsverkeer. Die borging kan op verschillende manieren gebeuren. In 21 EU-lidstaten is gekozen voor een uitbesteding van deze taak ten aanzien van een aantal rechtshandelingen aan het Latijnse notariaat. Deze rechtshandelingen hebben kenmerken van overheidsgezag in zich. Borging is noodzakelijker al naar gelang het wederzijdse vertrouwen in rechtsverhoudingen vermindert.

Het notariaat wordt in alle EU-lidstaten met een Latijns notariaat voor eigen rekening en risico van de notaris uitgeoefend. Dat zijn prerogatieven door de overheid verleend aan de notaris, die in een enigermate gereguleerde markt worden uitgeoefend. Het is een subtiel evenwicht tussen de kenmerken van een markt en van een ambt, tussen de ambtenaar en de koopman.

De Europese Commissie dringt aan op deregulering en marktbevordering van de vrije beroepen, de notaris zit in de kopgroep van beroepen waar volgens de Commissie minder regels en meer markt zou moeten komen. Nederland loopt daarbij in Europa voorop. In 1999 is er een nieuwe markt bevorderende Wet op het notarisambt gekomen. Met name de vrijlating van de tarieven heeft de discussie beheerst en doet dat nog steeds.

In de economie heeft de schrijver vooral drie grote stromingen onderscheiden. Zoals de centraal geleide economie, ook wel genoemd planeconomie of communisme. De ineenstorting van de communistische regimes in Midden- en Oost-Europa gaf ruim baan aan de vrije markteconomie of het kapitalistische stelsel (Friedmann, Greenspan). In de jaren negentig van de twintigste eeuw had dit stelsel ook in Nederland veel aanhangers. Marktwerking werd gepropageerd en volgens toenmalig staatssecretaris en later minister Vermeend werden de marktwerkingsprojecten voorzien van het etiket dat er daarmee meer keuzemogelijkheden zouden komen, de kwaliteit zou verbeteren en de prijzen lager zouden worden. De wetgeving van de jaren negentig werd door dit denken beïnvloed.

De instituteneconomie (Douglas North) heeft als tussenvorm inmiddels langzaam maar zeker de plaats van de vrije markteconomie overgenomen en brengt een gerelativeerd marktdenken met zich. Een goed systeem van wetgeving, rechterlijke macht, kadaster en notariaat zijn voorbeelden van de instituten die helemaal in de theorie van Douglas North passen.

Aan de orde komt ook de prestatie die van het notariaat verwacht wordt en de regelgeving die daarbij past. De inleiding wordt besloten met de formulering van een aantal rechtsvragen.

Drieluik

De dissertatie is geschreven in de vorm van een drieluik.

Eerste Luik

Hierin worden eerst behandeld wie de regelgevers in het Nederlandse notariaat zijn. Vervolgens wordt het belang van het mededingingsrecht voor het notariaat aangegeven. De belangrijkste bronnen daarvoor zijn het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en specifiek voor Nederland de Mededingingswet (Mw).

Aan de hand van een overzicht van relevante jurisprudentie wordt het ondernemingsbegrip omschreven. Van vitaal belang voor de toepasselijkheid van de vrij-verkeersregels uit het VWEU op het Latijnse notariaat is het noodzakelijk te bepalen of de notaris al dan niet met overheidsgezag is belast. De vrij-verkeersregels zijn immers niet van toepassing voor het geval er sprake is van de uitoefening van overheidsgezag. Na een bespreking van de kenmerken van overheidsgezag met name in relatie tot het notariaat wordt geconcludeerd dat de notaris wel degelijk met overheidsgezag is belast en dat deswege de vrij-verkeersbepalingen niet op de notaris van toepassing zouden behoren te zijn. De vrij-verkeersbepalingen inzake het vrij verkeer van personen, diensten en kapitaal en het recht van vrije vestiging (verbod van een nationaliteitseis) zijn daarmee niet relevant voor de notarissen binnen de EU. Afgezien daarvan heeft de desbetreffende Dienstenrichtlijn (de Bolkenstein-richtlijn) de notaris ook specifiek uitgezonderd. Inzake het Europese recht van vrije vestiging in de diverse lidstaten en daaraan gerelateerd de nationaliteitskwestie heeft de Europese Commissie echter een aantal Europese landen aangesproken die ter zake van de benoembaarheid tot notaris de nationaliteit van hun land als eis stellen. Deze landen voeren daarvoor als legitimatie het overheidsgezag aan, dat in het VWEU als reden wordt genoemd om nationaliteit wel als voorwaarde te mogen hanteren. De Commissie bestrijdt het van toepassing zijn van overheidsgezag op de notaris. De advocaat-generaal bij het HvJ EU heeft inmiddels ter zake zijn conclusie genomen, het HvJ EU zal naar verwachting in de loop van 2011 daarin beslissen.

De begrippen overheidsgezag en overheidsprerogatieven hebben de neiging naar elkaar te groeien. Aldus kan een beslissing omtrent al dan niet overheidsgezag voor het Latijnse notariaat haar schaduw vooruitwerpen en ook van invloed zijn

op de toepasselijkheid van de mededingingsbepalingen op de notaris. Immers, overheidsprerogatieven kunnen als pendant van het ondernemingsbegrip worden aangemerkt. De niet geheel duidelijke jurisprudentie van het HvJ EU daaromtrent geeft mede aanleiding tot bespiegelingen. Daarmee valt de actie van de Europese Commissie te begrijpen om te proberen door middel van de procedure inzake de nationaliteitskwestie en al dan niet overheidsgezag voor de notaris ter zake een negatieve en in ieder geval duidelijke uitspraak van het Hof te krijgen. Afgewacht moet worden of het HvJ EU ook in die vraag nader duidelijkheid brengt. Schrikbeeld voor de Europese Commissie is dat de notaris onder omstandigheden in een volstrekt vrije mededingingsrechtelijke ruimte zou gaan verkeren.

Als dat een brug te ver blijkt te zijn, zullen er in plaats van die generieke vrijstelling van de mededingingsbepalingen voor het notariaat op basis van overheidsprerogatieven wel de specifieke vrijstellingen voor de afzonderlijke regelingen van toepassing kunnen zijn. In dat kader worden de verdragsvrijstellingen van de artikelen 106 lid 2 en 101 lid 3 VWEU behandeld, evenals andere vrijstellingen zoals de door Houdijk gepropageerde *rule of reason* en de door het HvJ EU zelf gehanteerde Wouters-exceptie. Sympathiek in de Wouters-uitspraak is de overweging dat bij de beoordeling of een bepaalde regeling redelijkerwijs als noodzakelijk kan worden beoordeeld, mede in aanmerking mag worden genomen de wijze waarop de professie in de desbetreffende lidstaat is gereguleerd: de contextuele benadering. Dit element kan na de uitspraak van het HvJ EU in Wouters ook bij de overige behandelde excepties een rol spelen. Dat maakt de weg vrij voor een in Europese zin enigermate pluriform Latijns notariaat. Een pluriformiteit die de auteur binnen een redelijke *margin of appreciation* toejuicht.

Ook de positie van de notariële beroepsorganisaties in het mededingingsrecht wordt behandeld. In het bijzonder gaat het daarbij over de Nederlandse Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB). Kwalificeert de KNB al dan niet als ondernemersvereniging? Van belang daarbij is of haar leden als ondernemer moeten worden aangemerkt. Voor het geval die vraag negatief beantwoord zou moeten worden, kan ook hun vereniging niet als ondernemersvereniging worden aangemerkt. Andere overweging is in hoeverre bestuur en ledenraad uit leden worden gerekruteerd. Bij de KNB is dat voor honderd procent het geval. De KNB heeft daarmee de schijn tegen bij de beoordeling of er van onafhankelijke bestuursorganen sprake is. Echter, ook al komen alle functionarissen uit de eigen beroepsgroep, dan blijft nog de vraag in hoeverre die functionarissen de belangen van hun eigen beroepsgenoten mogen behartigen. De Kamer heeft bij amendement uitdrukkelijk de belangenbehartiging van de leden van de KNB uit de doelstelling verwijderd. Dit is essentieel in verband met de rechtspositie van KNB ten opzichte van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) en de bevoegdheid van de NMa om de verordeningen van de KNB op marktwerking te toetsen.

Als uit dien hoofde de NMa toch wel bevoegd zou blijken te zijn om de regels van de KNB te toetsen, dan nog zal die bevoegdheid worden overruled. Dat komt door het feit dat door de goedkeuring van de verordeningen van de KNB door de minister van Justitie, deze verordeningen als overheidsregel zijn aan te merken. Overheidsregelingen mogen door de NMa niet aan haar toezicht worden onderworpen en derhalve heeft de NMa geen mandaat tot toetsing van de verordeningen van de KNB. Voor de EU-landen waar de regelingen van de beroepsorganisaties eveneens goedkeuring door de overheid behoeven, zal eenzelfde redenatie opgaan.

Tweede Luik

Van de 27 EU-lidstaten hebben er 21 gekozen voor borging van de rechtszekerheid door middel van het Latijnse notariaat. Daarvan zijn er in het kader van deze dissertatie zeventien nader onderzocht op de voor dat land toepasselijke reguleringen. Voorbeelden van regelingen die onderwerp van onderzoek waren, betreffen: tarieven, toegangsvereisten, monopolies, publiciteitsmogelijkheden, toezicht en tuchtrecht, beroepsorganisaties, ministerieplicht, ambtsgeheim, centrale registers, aansprakelijkheid, poortwachtersfunctie, enzovoort. De lezer kan zelf bepalen welke landen en ten aanzien van welke regelingen hij de integrale tekst wil lezen.

Aan het slot van het Tweede Luik worden de gegevens van de verschillende landen verzameld in een aantal schema's. Daarmee is per regulering snel inzichtelijk hoe een en ander in het Europese notariaat is geregeld. Ook worden conclusies getrokken en aangegeven waar de landen van elkaar zouden kunnen leren. Het vrije tarievenmodel van Nederland vindt in Europa vrijwel geen navolging. Alleen Polen, Oostenrijk en Italië kennen een beperkt tarievensysteem.

Duitsland kent een (per kantoor) veel kleinschaliger notariaat, waar bovendien iedere notaris persoonlijk geacht wordt alle notariële diensten aan te bieden. Het Duitse notariaat is wellicht van alle EU-lidstaten het dichtste tegen de overheid aan georganiseerd. Leges van rechters en notarissen zijn in dezelfde wet, de *Kostenordnung*, opgenomen.

De Oostenrijkse notaris treedt ook op als *Gerichtskommissar* (evenals in Tsjechië en Slowakije). Daarbij worden bepaalde specifieke taken van de rechterlijke macht overgedragen aan de notaris. Een voorbeeld ter navolging door andere landen om daarmee de druk op de rechterlijke macht te verminderen. Uit het Tweede Luik blijkt dat er in de EU-landen ook daadwerkelijk een pluriform notariaat bestaat.

Derde Luik

In het Derde (en laatste) Luik wordt de recente Nederlandse ontwikkeling in het notariaat behandeld.

In de eerste plaats de evolutie, ofwel de vraag hoe het is gekomen tot de Wet op het notarisambt van 1999? Geconstateerd wordt dat het hoog tijd werd dat de verouderde notariswet werd aangepast. In de loop van de jaren negentig van de vorige eeuw, met de versterkte sympathie voor de vrijemarkteconomie in de hele wereld, ging echter het element van de bevordering van de marktwerking een steeds grotere plaats innemen in het wetgevingsproces. Bovendien bleven door de hoogconjunctuur de huizenprijzen, de hypotheeksommen, het aantal transacties, fusies en overnames, en de notariële inkomens stijgen als nooit tevoren. Tegen zoveel geweld waren de degressieve tarieven niet bestand. De degressie zou hogere koopsommen bij onroerendgoedtransacties qua notarieel tarief moeten corrigeren. Dat gebeurde ook wel enigermate, maar te weinig. Daarnaast verhoogde ook het veel grotere aantal akten het notarieel inkomen buitensporig en maatschappelijk onverantwoord. De KNB heeft in die jaren de tarieven vier keer verlaagd. Dat was in de tijd van het wetgevingsproces niet voldoende voor regering en volksvertegenwoordiging. De tarieven moesten vrij worden. Volgens de regering zou alles daardoor beter worden, in ieder geval zouden er lagere tarieven, een hogere kwaliteit en meer keuze komen. Vooral die hogere kwaliteit is een betwist uitgangspunt. Het vond allemaal zijn beslag in de nieuwe Wet op het notarisambt (Wna) van 3 april 1999. Dat werd vooral door vrijlating van de notariële tarieven binnen de andere Europese landen met argusogen bekeken en beoordeeld als niet veel minder dan een (fluwelen) revolutie.

Hoe is het gegaan met het Nederlandse notariaat in de elf jaren die sinds de invoering verstreken zijn? Wat kan ervan geleerd worden? Wat is goed uitgepakt en wat slecht? Zoals in alle beschouwingen over de Wna speelt ook hier de tariefparagraaf een opvallende rol. Er zijn trendrapportages geweest. Een monitorcommissie heeft rapport uitgebracht, wel heel snel gevolgd door een door de minister van Justitie ingestelde evaluatiecommissie, de commissie-Hammerstein. De aanbevelingen van de commissie-Hammerstein worden alle behandeld en zijn veelal door de opvolgende kabinetten overgenomen en gepresenteerd in een inmiddels ingediend wetsontwerp tot wijziging van de Wna 1999.

Dat wetsontwerp en nadere voorstellen tot correctie vormen het laatste onderdeel van het Derde Luik. Keuzes worden gemaakt op basis van de ontwikkelingen van de laatste jaren. Niet gepretendeerd wordt een allesomvattend overzicht van de Wna te maken. De gemaakte keuzes betreffen die onderwerpen die in de opinie van de auteur nadere aandacht respectievelijk aanpassing behoeven. Daarmee kan de indruk van willekeur ontstaan. Niets is minder waar; de gekozen onderwerpen zijn belangrijk en behoeven volgens hem nadere bespreking. Zo wordt gekomen tot enige capita selecta. Dat betreft dan onder meer de onontkoombare tariefparagraaf met voor een beperkt aantal akten een herinvoering van enig tariefstelsel als middel tegen de informatie-asymmetrie, omdat de kwaliteit niet transparant

is te krijgen. Er is immers ten aanzien van de notariële dienstverlening duidelijk sprake van een structurele informatie-asymmetrie. In de dissertatie wordt aangegeven waarmee rekening zou moeten worden gehouden bij het alsnog invoeren van enige tarieven en in welke gebieden dat zou moeten gebeuren.

Gebeurt er niets ten aanzien van de tarieven, dan zal voor de basale akten een *market for lemons* (Akerlof) ontstaan. Daarnaast is enige vorm van tarifiering van onroerendgoedtransacties ook gewenst, omdat een individuele koper niet vrijwillig bereid is te betalen voor het deel publiek belang dat in de werkzaamheden van de notaris zit. Daardoor zal de neiging tot een verminderde notariële aandacht voor het algemeen belang het gevolg zijn, waarmee het Nederlandse systeem met zowel een goed kadaster als een goed notariaat aan kwaliteit zal inboeten.

Andere gewenste aanpassingen betreffen de koopakte, de interdisciplinaire samenwerking, een versoepeling van de toetredingseisen, de afschaffing van de full-serviceverplichting en de invoering van bijvoorbeeld een gerechtscommissaris. Een full-serviceverplichting valt niet te combineren met een systeem van (overwegend) vrije tarieven, omdat door (te) hoge prijsstelling notarissen zich eenvoudig aan die verplichting kunnen onttrekken. Door de afschaffing van de full-serviceverplichting per kantoor wordt ook voor kleinere kantoren de mogelijkheid geschapen om te specialiseren. Daardoor ontwikkelt de hoogste kwaliteit/deskundigheid zich niet uitsluitend op de grote kantoren (en daar dan nog veelal uitsluitend in de profijtelijker secties) of buiten het notariaat in de vorm van *free riders*. In de toekomst kunnen door specialisatie zich meer dan thans ook solitaire kwalitatieve niche notariskantoren ontwikkelen. Publiek en notariaat zijn daarbij gebaat.

De KNB zal moeten verdergaan op de goede ingeslagen weg van het ontwikkelen van kwaliteitsprotocollen. Nadere normen moeten worden vastgesteld en indicatoren bepaald. Een en ander moet regelmatig gemonitord worden. Alles onder een adequaat toezicht en waar nodig tuchtrecht.

Metten is weten, daarom moet het onderzoek naar mogelijk kwaliteitsverlies in de notariële dienstverlening zo snel mogelijk gestart worden. Dit moet gedurende een aantal jaren nauwgezet gevolgd worden.

Sommaire

Introduction

En guise d'introduction, la dissertation souligne la nécessité d'assurer la sécurité juridique dans un environnement où la confiance se fait de plus en plus rare lors des échanges juridiques. La sécurité juridique peut être assurée de plusieurs manières. Dans 21 États-membres de l'Union Européenne cette tâche qui touche à l'autorité publique a été confiée au notariat de type latin.

Dans chacun des États connaissant le notariat latin, le notariat s'exerce dans le cadre d'une profession où le notaire agit pour son propre compte et à ses propres risques. Il le fait en vertu de prérogatives que l'État confère au notaire au sein d'un marché connaissant un certain degré de régulation. On le voit: un équilibre subtil s'établit entre les caractéristiques du marché et celle d'une fonction publique, entre l'officier public et l'acteur économique. La Commission Européenne pousse à la dérégulation et au libre cours des lois du marché; le notariat est l'une des professions à travers desquelles la Commission voudrait de façon prioritaire faire souffler le vent du marché libre au détriment des règles qui régissent la profession. Les Pays-Bas ont pris à cet égard la tête du peloton en Europe. 1999 a vu la promulgation d'une Loi sur le Notariat (Wna) favorable au marché dont l'esprit principal fut et demeure la libéralisation des tarifs.

L'on distingue principalement trois grands courants économiques. Ainsi l'économie planifiée centralisée, dirigée généralement au niveau de l'État, tel le communisme.

La disparition des régimes communistes en Europe Centrale et en Europe de l'Est ont donné libre champs à l'économie du marché libre, prônée par le système capitaliste (Friedmann, Greenspan). Au cours de la dernière décennie du 20^{ième} siècle, ce courant économique trouva au Pays-Bas de nombreux adeptes. Le jeu du marché fut encouragé et le secrétaire d'État – ensuite ministre – Vermeend conféra aux projets conçus à cet effet un label particulier qui devrait assurer que la liberté de choix serait plus grande, que la qualité s'améliorerait et que les prix diminueraient. La législation de ces années quatre-vingt-dix fut influencée par ce courant de pensée.

L'économie des institutions (Douglas North) s'est progressivement substituée, comme forme intermédiaire, à l'économie de marché libre. Sa réflexion sur le marché est plus nuancée. Un système législatif et judiciaire efficace et un notariat

et cadastre performants sont des exemples d'institutions qui cadrent bien dans la théorie de Douglas North.

L'introduction fera état des prestations attendues du notariat ainsi que de la législation nécessaire à cet effet. Enfin, elle se terminera par la formulation d'un certain nombre de questions de droit.

Triptyque

La dissertation a été conçue sous la forme d'un triptyque.

Premier volet

Dans ce volet, les autorités responsables de la réglementation régissant le notariat seront identifiées. Ensuite, l'importance du droit de la concurrence pour le notariat sera évaluée. Le Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) et, plus particulièrement pour les Pays-Bas, la loi sur la concurrence (Mededingingswet – Mw) constituent à cet effet les sources principales.

Le concept de l'entreprise sera défini à la lumière de la jurisprudence qui s'y rapporte. Il est d'importance vitale de déterminer si le notaire est ou n'est pas investi de l'autorité publique pour établir si les règles de la libre circulation du traité s'appliquent au notariat ou ne s'y appliquent pas. En effet, les règles de la libre circulation ne s'appliquent pas là où il est établi que s'exerce l'autorité publique. Les caractéristiques de l'autorité publique, particulièrement en relation avec le notariat, seront analysées et il en apparaîtra que le notaire est bel et bien investi de l'autorité publique et qu'il devrait dès lors échapper à l'application des règles de la libre circulation. Les règles qui régissent la libre circulation des personnes, des services et des capitaux et celles qui doivent garantir le libre établissement (sans que joue la nationalité) ne s'appliqueraient pas aux notaires établis dans l'Union Européenne. La directive relative aux services (directive Bolkestein) a exclu le notaire de son champ d'application. Au niveau du libre établissement, la Commission Européenne a cependant mis en cause un certain nombre d'États-membres qui maintiennent la condition de nationalité pour la nomination de leurs notaires. Ils la maintiennent sur l'argument que le notaire participe à l'autorité publique; la Commission Européenne conteste ce point de vue. L'Avocat Général près la Cour de Justice a rendu ses conclusions; la Cour de Justice devrait statuer en 2011.

La notion d'autorité publique et celle des prérogatives de l'autorité publique ont tendance à se rapprocher. Ainsi une décision attendue relative à la question de la participation du notaire à l'autorité publique peut avoir par anticipation une

influence sur l'applicabilité des règles de la concurrence au notaire. Les prérogatives de l'autorité publique peuvent en effet être considérées comme constituant le pendant du concept de l'entreprise. La jurisprudence quelque peu confuse de la Cour de Justice donne lieu à des spéculations en sens divers. La tentative de la Commission Européenne d'utiliser la question de la nationalité et la question de la participation du notaire à l'autorité publique en vue d'obtenir une décision négative, est dès lors bien compréhensible. L'avocat général conclut en ce sens. Il faudra attendre la décision de la Cour pour savoir si elle aura pu apporter la clarté requise. La Commission craint avant tout que le notaire puisse, selon les circonstances, opérer dans un espace qui serait affranchi des règles de la concurrence.

Un tel affranchissement serait peut-être trop absolu mais il n'est pas impossible qu'au lieu d'une exemption générique des règles de la concurrence pour le notariat en vertu de prérogatives publiques, des exemptions spécifiques pour des situations déterminées soient retenues. Dans ce cadre, il est fait état des exceptions prévues par les articles 106 § 2 et 101 § 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), ainsi que d'autres exceptions résultant de la 'rule of reason', défendue par Houdijk et de l'exception retenue par la Cour de Justice elle-même dans l'arrêt Wouters. Il est bon de relever dans l'arrêt Wouters que la Cour a considéré qu'il y lieu de prendre en compte la façon dont une profession est organisée dans un État-membre pour juger si une réglementation peut – ou ne peut pas – s'avérer nécessaire au bon exercice de cette profession.

Ceci ouvre la voie à un concept où le notariat latin serait exercé de façon pluri-forme au sein de l'Union Européenne.

L'auteur traite également de la place qu'occupent les organisations professionnelles notariales dans le droit de la concurrence; il s'agira plus particulièrement de la KNB des Pays-Bas. Peut-elle être considérée comme une association d'entreprises?

Il faut dès lors examiner si les membres de la KNB peuvent être qualifiés d'entreprises. Si la réponse devait être négative, l'association ne pourrait être qualifiée d'association d'entreprises. Il y a lieu d'examiner également dans quelle mesure le conseil d'administration et le conseil des membres (*ledenraad*) sont composés de membres de l'organisation; dans le cas de la KNB, c'est la cas à cent pour cent. Apparemment, la KNB se trouve donc en situation défavorable s'il y a lieu de juger de l'indépendance de ses organes. Cependant, même si les mandataires au sein de ces conseils se recrutent parmi les membres, il y a lieu d'examiner dans quelle mesure ces mandataires disposent de la faculté d'assurer la défense des intérêts des membres. Or, le Parlement a retiré par amendement la défense des intérêts des membres de l'objet social de la KNB. Ce point est important pour apprécier la position juridique de la KNB à l'égard de la NMa (*Nederlandse Mededingingsautoriteit* – Conseil Néerlandais de la concurrence) et la compétence de la NMa pour juger de la conformité de la réglementation édictée par la KNB au droit de la

concurrence. Si même la NMa disposait de cette compétence, cette compétence se trouve anéantie par le fait que les ordonnances de la KNB nécessitent l'approbation du Ministre de la Justice et prennent par ce fait le caractère de décisions de l'autorité publique. De telles décisions ne peuvent pas être soumises au contrôle de la NMa; dès lors les ordonnances de la KNB échappent au pouvoir de contrôle de la NMa. Ce raisonnement s'appliquera aux États-membres de l'Union Européenne connaissant une réglementation de la profession notariale nécessitant l'approbation de l'autorité publique.

Deuxième volet

Des vingt-sept États-membres de l'Union Européenne, vingt et un ont choisi le notariat latin pour garantir la sécurité juridique.

Les règlements de dix-sept de ces notariats ont fait l'objet d'une étude plus particulière dans le cadre de la présente dissertation.

Cette étude porte sur les tarifs, les conditions d'accès à la profession, les monopoles, l'admissibilité de la publicité, la discipline et la surveillance, les organisations professionnelles, le devoir de ministère, le secret professionnel, les registres centraux, la responsabilité, le rôle du notaire de veillier à la légalité des opérations juridiques et d'autres thèmes semblables.

L'étude sera faite et commentée selon l'ordre alphabétique des pays concernés.

In fine du deuxième volet, les données relatives aux différends pays se trouvent rassemblées en quelques schémas, de sorte qu'il devrait être aisément possible de se rendre compte, par thème réglementé, des réglementations en vigueur en Europe. L'auteur en tire des conclusions et indique les leçons qui pourraient s'en dégager pour certains pays. Le régime des tarifs libres, en cours aux Pays-Bas, ne l'est pas ailleurs en Europe. En Pologne, l'Autriche et l'Italie il y a aussi des systèmes quelque peu libres. Les études en Allemagne ne sont en général pas de grande taille et chaque notaire est supposé fournir personnellement l'ensemble des services notariaux. Le notariat Allemand est probablement celui de l'Union Européenne où le lien avec l'État est le plus étroit. En matière de certaines rétributions, les notaires et magistrats allemands sont soumis à la même loi, la 'Kostenordnung'. Le notaire autrichien a les compétences d'un 'Gerichtskommissar' et exerce certaines fonctions spécifiques du pouvoir judiciaire; il en est de même en Tchéquie et en Slovaquie. C'est un exemple possible pour d'autres pays qui cherchent à décongestionner les tribunaux. Il apparaît du deuxième volet que le notariat n'est pas organisé de façon uniforme dans les pays de l'Union qui le connaissent.

Troisième volet

Le troisième et dernier volet traite de l'évolution au sein du notariat des Pays-Bas.

Avant toute évaluation, il convient d'examiner la genèse de la Loi sur le Notariat (Wna) de 1999. Il était grand temps d'adapter l'ancienne et désuète loi sur le notariat. Le processus législatif, durant la dernière décennie du siècle dernier, fut marqué de façon croissante par la volonté de soumettre le notariat aux lois du marché, stimulée par la sympathie croissante, dans le monde entier, pour l'économie de marché. En plus, le revenu du notaire était en très forte progression par la conjoncture favorable, les prix élevés dans le secteur immobilier, le niveau important des sommes empruntées et le nombre croissant des transactions. Cette progression ne pouvait pas être contenue par la dégressivité des tarifs; une certaine compensation se fit mais les facteurs mentionnés et le nombre d'actes poussa les revenus à des niveaux exagérés et socialement inacceptables. La KNB diminua au cours des années quatre-vingt-dix les tarifs à quatre reprises mais se fut insuffisant pour le gouvernement et le Parlement alors occupés à concevoir la nouvelle loi: il fallait libéraliser les tarifs. Pour le gouvernement tout irait mieux: prix plus bas, qualité accrue et meilleur choix. Cela se traduisit par la nouvelle loi sur le notariat du 3 avril 1999.

Les options prises et particulièrement la libéralisation des tarifs furent accueillies par les autres notariats européens avec une évidente méfiance: il s'agissait ni plus, ni moins, d'une révolution (de velours).

L'évaluation: comment s'est porté le notariat des Pays-Bas durant les onze années qui se sont écoulées depuis l'entrée en vigueur de la loi? Quelles leçons peuvent être retenues? Qu'il y a-t-il de bon et de moins bon? Lors de toute évaluation de la même loi, le tarif occupe toujours une place prépondérante. Des rapports ont été écrits au sujet des tendances qui se sont manifestées, une commission de monitoring a fait rapport, suivie rapidement d'une commission d'évaluation, la commission 'Hammerstein' qui a fait un certain nombre de recommandations; celles-ci sont toutes étudiées dans la présente dissertation; elles ont été souvent prises en compte par les gouvernements successifs et se retrouvent dans le projet de loi qui fut déposé en vue de modifier la loi de 1999.

Ce projet de loi et d'autres corrections proposées font l'objet de la dernière partie du troisième volet. Des choix sont faits à la lumière des développements de ces dernières années. Il n'est pas tenté de réaliser un examen critique complet de la nouvelle loi sur le notariat. Les choix sont faits en fonction de la conviction de l'auteur que certains aspects méritent attention et méritent même d'être modifiés. Ces choix ne sont pas arbitraires: ils se rapportent à des sujets qui sont essentiels

aux yeux de l'auteur et qui nécessitent selon lui un examen approfondi. Il en est ainsi et entre autres de l'inévitable tarif; il est proposé de réintroduire un système de tarif règlementé pour un nombre limité d'actes; l'objectif poursuivi est de combattre le risque d'asymétrie d'information: la qualité demande un équilibre transparent entre les parties sur le plan de l'information dont elles disposent, à défaut de quoi s'installerait un 'market for lemons' (Akerlof) pour les actes notariaux fondamentaux. Une certaine tarification est souhaitable également en raison du fait qu'un acquéreur individuel n'a pas envie de payer pour le volet public que comporte la prestation du notaire. L'attention pour le bien public diminuerait de ce fait et le bon système que connaissent les Pays-Bas grâce à un cadastre sûr et un notariat solide s'affaiblirait.

D'autres adaptations souhaitées concernent l'acte de vente, la collaboration interdisciplinaire, un assouplissement des conditions d'accès, l'obligation de fournir tout la palette des prestations notariales. Une telle obligation n'est pas favorisée par l'existence de tarifs (principalement) libres car en majorant le prix de certaines prestations, le notaire peut en fait s'en défaire. La suppression de cette obligation permettrait aux plus petites études de se spécialiser, de sorte que la qualité la meilleure et les compétences les plus poussées ne se retrouveraient plus exclusivement dans les plus grandes études (où les matières spécialisées génèrent souvent les plus gros profits) mais également dans des études même unipersonnelles ayant trouvé la possibilité d'occuper une niche spécifique du marché notarial. Le public et le notariat y trouveront leur compte.

La KNB devra persévérer dans la bonne voie choisie en établissant des protocoles destinés à augmenter la qualité des services notariaux. Il y aura lieu d'établir des règles, des indices seront mis en œuvre et l'ensemble devra être évalué régulièrement. Le tout sera effectivement et adéquatement contrôlé et le droit disciplinaire devra jouer.

Il y a urgence à installer un système permettant de dépister d'éventuels déficits de qualité et il importe d'évaluer un tel système durant un certain nombre d'années.

Summary

Introduction

The introduction deals with the necessity to secure legal certainty in legal matters when faith in legal relationships is beginning to decline.

Securing legal certainty can be achieved in various ways. Twenty-one members of the EU have opted to farm out this task to the Latin notarial profession in respect of a number of legal acts. These acts have the characteristics of public authority.

Meanwhile, the notarial profession is executed by civil-law notaries at their own expense and risk in all EU member states with a Latin notarial profession. These prerogatives are granted to civil-law notaries by the government and they are carried out in a somewhat regulated market. It is a subtle balance between the characteristics of a market and an office, between the public servant and the merchant. The EC is urging to deregulate and promote the market of the liberal professions. The civil-law notary is in the leading group of professions in which, according to the EC, there should be fewer regulations and more market. In Europe, The Netherlands has taken the lead. A new, market promoting Notaries Act (Wna) was adopted in 1999. The debate was mainly about exercising no control over the fees and this is still under discussion.

In economy, we distinguish three movements. Such as the centrally controlled economy, also termed planned economy or communism. When the communist regimes in Central and Eastern Europe collapsed, the way was cleared for the free market economy, also termed the capitalist system (Friedmann, Greenspan). In the nineties, this system had quite a few followers in The Netherlands. Competition was propagated and according to the then Secretary of State Vermeend, later minister Vermeend, competition projects were given the label that they would enable more options. Besides, quality would improve and prices would decrease. This way of thinking had a strong influence on legislation in the nineties.

The institutional economy (Douglas North), which is an intermediary, has meanwhile slowly but surely replaced the free market economy, creating a sense of perspective in market approach. A proper system of legislation, judicial powers, land registry and notary ship are examples of institutions that fit Douglas North's theory like a glove.

Another subject that crops up is the effort expected from notary ship and the regulations that fit the bill. The introduction concludes with the phrasing of a number of legal questions.

Triptych

The thesis has the shape of a triptych.

Panel I

In this part is discussed who issues regulations for Dutch notaries. Next, the importance of competition law for notaries is indicated. The main sources are the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) and specifically for The Netherlands the Competition Act (Mw).

The concept of undertaking is described on the basis of relevant jurisprudence. It is of the utmost importance for the relevance of free trade regulations from the TFEU to the office of notary to determine whether he is entrusted with government authority or not. For free trade rules do not apply when government authority is exercised. After discussing the typical features of government authority, it is concluded that notaries are indeed entrusted with government authority and that consequently free trade regulations should not apply to the civil-law notary. The free trade regulations in respect of free trade of persons, services and capital as well as freedom of establishment (ban of the nationality requirement) have thus become irrelevant for notaries inside the EU. Apart from that the relevant Services directive (the Bolkenstein directive) has explicitly made an exception for notaries. In respect of the European right of free establishment in various member states and the 'question of nationality' related thereto, the EC has addressed a number of European countries which demand a notary to have the nationality of their country in order to be able to appoint this person as notary. These countries legitimize their decision by referring to the TFEU, which states government authority as a reason. The EC disputes that governmental authority applies to notaries. The advocate general at the European Court of Justice has meanwhile come to a conclusion about this matter and will decide in the course of the year 2011.

The concepts government authority and government prerogatives are inclined to merge. Consequently, a decision about whether or not the civil-law notary is entrusted with government authority can cast its shadow and also influence the relevance of the competition regulations on the notary. For government prerogatives can be considered as the counterpart of the concept of entrepreneurship. The ambiguity in the jurisprudence of the European Court of Justice also gives rise to speculation on these matters. It explains why the EC tries to get a negative decision from the Court by means of the procedure in respect of the question of the nationality of the notary and whether or not he has government authority. The conclusion of the advocate general serves as a prelude as well. One has to wait and see if the European Court of Justice will shed light on this matter. What the EC fears most, is that the civil law notary might, in certain circumstances, find himself in a space entirely free from any competition regulation.

If this should prove to be a bridge too far, specific exemptions for different regulations could be applied instead of the generic exemption from competition regulations for notaries, based on government prerogatives. In this scope, the treaty exemptions of articles 106 paragraph 2 and 101 paragraph 3 TFEU are dealt with, as well as other exemptions such as the ‘rule of reason’, propagated by Houdijk and the ‘Wouters proviso’ employed by the European Court of Justice. What appeals in ‘Wouters’ is the consideration that when assessing whether a certain regulation can reasonably be judged as necessary, one may also consider the ‘way in which the profession is organized in the member state in question’. This element can play a part in the other exemptions that are discussed after the European Court of Justice has come to a decision in respect of ‘Wouters’. This would clear the way for a somewhat multiform Latin notarial profession in the European sense.

The position of notarial professional bodies in competition law is also discussed, and in particular the position of the Dutch KNB. Is the KNB a body of undertakers? The point is whether its members are seen as undertakers or not? If the answer to that is ‘no’, then the organization cannot be seen as a body of undertakers either. Another consideration is: to what extent are the board and general meeting recruited from the members? In the case of the KNB the answer is for 100% and therefore appearances are against it when deciding if it is an independent body or not. But even if all officials are from the profession, the question remains in how far they should be allowed to promote the interests of their fellow colleagues. Parliament has expressly removed promotion of the interests of the members of the KNB from the objectives by means of an amendment. This is essential in connection with the legal position of the KNB in relation to the Dutch competition authority (NMa) and the authority of the NMa to test regulations of the KNB in respect of competition.

If it turns out that the NMa should be authorized to test the regulations of the KNB, then that authority will still be overruled by the fact that since the regulations of the KNB are approved by the Minister of Justice, these regulations must be seen as ‘government regulations’. Government regulations may not be subjected to the NMa and therefore the NMa is not authorized to test the regulations of the KNB. This will likewise apply to EU countries where regulations of professional associations also need the approval of the government.

Panel II

Of 27 EU member states, 21 have chosen to guarantee legal security through the Latin notarial profession. In the scope of this dissertation, seventeen of these countries were subjected to a closer inspection of the regulations that apply to those particular countries. The regulations are in the field of fees, entry requirements, monopolies, advertising, supervisory and disciplinary jurisdiction, professional

bodies, ministerial duties, confidentiality, central registers, liability, gatekeeper function etcetera.

At the end of Panel II the data of the countries are collected in a number of charts so that it is easy to see how one thing and another is organized per regulation in Europe. Conclusions have been drawn and indications are given as to what the countries could learn from each other. The free rates model in The Netherlands is not copied in Europe. The notarial profession in Germany operates on a much smaller scale. Besides, every notary is expected to offer all notarial services. The German notarial profession may well be the one that is most closely linked to the government of all EU member states. Charges of judges and notaries are included in one and the same law: the 'Kostenordnung'.

The Austrian civil-law notary also acts as 'Gerichtskommissar' (similarly in Czechia and Slovakia). Thus specific duties of the judiciary are transferred to the notary. Other countries would do well to copy this in order to lessen the pressure on the judiciary. From Panel II appears that there actually is a somewhat multi-form notaryship in EU countries.

Panel III

The third and last panel deals with recent Dutch developments in the notarial profession.

Firstly the evolution, how did the Wna of 1999 come about? It was about time that the obsolete Notaries Act was adapted. In the course of the nineties, with an increase in sympathy for the free trade economy, the element of promoting the market became increasingly prominent in the legislative process. Besides, the boom caused property prices to go through the roof, mortgages reached new heights and with the increase in the number of transactions, mergers and take-overs, the income of notaries grew as never before. The degressive rates were not up to such forces. The degression should correct higher purchase prices in the property market in respect of notarial rates and this happened to a certain extent. But the increase in the number of deeds also caused the notarial income to become exorbitantly high and this was socially unacceptable. The KNB reduced the rates four times in the nineties. This was not sufficient for government or parliament at the time of the legislative process. The rates had to become free. According to the government, everything would then improve: in any case lower rates, higher quality and more options. All this was laid down in the new Notaries Act of April 3 1999.

The other countries in Europe looked at those free rates with Argus' eyes and judged it as nothing less than a (velvet) revolution.

Evaluation: how did the Dutch notarial profession fare in the eleven years that have passed since the introduction of the Wna 1999? What have we learned? What turned out well and what did not? As in all considerations of the Wna, the

paragraph on rates plays a major part. There have been trend reports. A monitor committee published a report that was soon followed by an evaluation committee appointed by the Ministry of Justice, the 'Hammerstein Committee'. Recommendations were made. The recommendations of the Hammerstein committee are all treated and have often been adopted by successive cabinets. They are presented in a bill, which has meanwhile been submitted to amend the Wna 1999.

The bill and further proposals for improvement make up the last part of Panel III. Choices are based on the developments of the recent past. This thesis does not pretend to be a comprehensive survey of the Wna. The choices made, concern those subjects that, according to the author, should be inspected more closely or which should be adapted. This may seem arbitrary. But it is not, for the subjects chosen matter to the author and should be discussed. Thus there are a few Selected Topics. One of these is the unavoidable rates paragraph with, for a limited number of deeds, a reintroduction of a rate system as a means against the information a-symmetry. For there is obviously structural information asymmetry in respect of notarial services. In this thesis is indicated what should be taken into account fixed if rates are introduced and also for what fields these should be introduced. If nothing is done in this respect, a 'market for lemons' (Akerlof) will be created for basal deeds. Some form of rating in the property sector is also desirable because the individual buyer is not prepared to pay for the share of public interest that is incorporated in the notary's activities. As a result there will be less notarial attention for the general interests and this will devalue the Dutch system that has an excellent cadastral registry and ditto notarial profession.

Other desirable adaptations concern the purchase deed, interdisciplinary cooperation, more flexible admission criteria, and abolishment of the full-service obligation and the introduction of a 'legal supervisory director'. The full-service obligation cannot be combined with a system of (predominantly) free rates because the exorbitant price fixing enables notaries to shirk that obligation. Due to the abolishment of the full-service obligation per establishment, smaller offices get the opportunity to specialize with the result that the highest quality/expertise in notarial fields does not develop exclusively at large offices (where they tend to focus on the more profitable sections). Specializations can also occur outside the notarial profession in the shape of free riders and in the future at solitary qualitative niche offices. Both the public and the notarial profession will benefit from this.

The KNB should continue its good endeavour to develop protocols for the safe-keeping of quality. Further norms should be adopted, and indicators established. All this needs frequent monitoring under adequate supervision and where necessary, it can come under the scrutiny of the disciplinary committee.

It is of the essence to begin the investigation into possible loss of quality in notarial services as soon as possible. The monitoring of quality should continue over a number of years.

Lijst van geraadpleegde literatuur

1. Achterhuis, H., De utopie van de vrije markt, Lemniscaat B.V., Rotterdam 2010.
2. Akerlof, The market for lemons: Quality Uncertainty and the Marketmechanism, The Quaterly Journal of Economics 1970.
3. Amtenbrink en Van de Gronden, Economisch recht en het Verdrag van Lissabon I: mededinging en interne markt, SEW, tijdschrift voor Europees en Economisch recht, 2008, 146.
4. Amtenbrink, F. en Vedder, H.H.B., Recht van de Europese Unie, 3^e druk, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.
5. Appeldoorn en Vedder, Mededingingsrecht, Europa Law Publishing, Groningen 2010.
6. Arrunada, B., The Economic of Notaries, European Journal of Law and Economics, 3(1), 5-37.
7. Baarsma, B., Kroonverjaardag marktwerking in het notariaat: Tijd voor een feestje?, Ars Notariatus 143, Deventer: Kluwer 2010.
8. Baarsma, B., Mulder J. en Teulings C., SEO-rapport nr. 765, Rechtszekerheid als publiek belang, Over de notaris, zijn domein en de markt, SEO Amsterdam oktober 2004.
9. Baarsma, B., Moeilijke marktwerking en meedogenloze mededinging, Een welvaartseconomisch perspectief (rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar aan de UvA op 12 februari 2010), Amsterdam: Vossiuspers UvA, oratie 358 UvA.
10. Baarsma, B. m.m.v. Risseeuw, P., SEO-rapport nr. 2010-64 in opdracht van NVM, Waarvan Akte?, Economisch perspectief op de verplichte inschakeling van de notaris in de obligatoire fase.
11. Bergh, R. van den en Montangie, Y., Theory and evidence on the Regulation of the Latin Notary profession; A law and economics approach, 12 december 2005, SEOR, Erasmus University Rotterdam.
12. BFT Jaarverslag 2009.
13. BFT, Albayrak e.a., Congres 75 jaar Notabel & Financieel Toezicht, Breukelen: Nyenrode Business Universiteit, 23 april 2009, Zeist: Kerckebosch grafische communicatie 2009.
14. BFT, Toezicht en Inzicht Rapport, Een helder denkraam, Evaluatiecommissie Bureau Financieel Toezicht, augustus 2009.
15. Blokland, P., Teksten en toelichting op de Wet op het notarisambt, Koninklijke Vermande, Lelystad 1999.
16. Bolkestein, F., Overmoed en onverstand, Bert Bakker, Amsterdam 2008.

17. Boonacker, R.T.F., De onpartijdigheid van de notaris, dissertatie Universiteit van Amsterdam, uitgave Robert Boonacker, 2 november 2006.
18. Bos, W., De derde weg voorbij (lezing op 25 januari 2010 in de Rode Hoed in Amsterdam), www.PvdA.nl.
19. Bovenkerk, F. e.a., Bedreigingen in Nederland: Uitgeverij Augustus, Amsterdam/Antwerpen, 2005.
20. Buendia Sierra, J.L., Exclusive rights and State Monopolies in EC Law (diss. Zaragoza), 1999.
21. Button, K. en Fleming, M., University of Loughborough, The profession in the single European Market: A case study of architects in the UK, Journal of Common market studies, nr. 4, december 1992.
22. Carr, J.L. en Matthewson, G.F., The economics of Law Firms: A Study in the legal organisation of the Firm, Journal of law and economics, 33, oktober, 307-330.
23. Cassidy, J., How markets fail, Londen: Allan Lane 2009.
24. Chavannes, M., Niemand regeert, De privatisering van de Nederlandse politiek, NRC boeken 2009.
25. Clark, J.M., Toward a concept of workable competition, The American Economic Review, band 30(2).
26. Commissie Monitoring Notariaat, eindrapportage, 1 oktober 2002.
27. Commissie van deskundigen notariaat, jaarverslag 2009.
28. Damme, van en Schinkel, Marktwerking en publieke belangen, 2009.
29. Dammingh, J.J., Bemiddeling door de makelaar bij de koop en verkoop van onroerende zaken (diss. Nijmegen), Kluwer, Deventer 2002.
30. Donner, P.H., Notariaat Magazine van 24 februari 2006.
31. Drijber, B.J., De Europese invulling van publiek en privaat, inleiding tijdens het openingscongres van het Netherlands Institute for Law and Governance 2009, Intersentia, Antwerpen-Oxford 2010.
32. EIM, Prijsconcurrentie in het notariaat, rapport 2005 in opdracht van de commissie Evaluatie Wet op het Notarisambt, Zoetermeer.
33. Europese Unie: Finnish Presidency Conference, The Economic Case for Professional Services Reform.
34. Brussels 13 December 2006; UK Presidency Conference on Better Regulation of Professional Services, Brussels 21 November 2005; European Competition Day, Luxembourg, 3 May 2005.
35. Conference on the Regulation of Professional Services.
36. Brussels 28 October 2003.
37. Friedman, M., Capitalism and freedom, Chicago: Chicago University Press 2002.
38. Fukuyama, F., Trust (the social virtues and the creation of prosperity), Free Press Paperbacks, New York 1996.
39. Fraude voorbij, Voorstel van Rotterdam voor een integrale aanpak van vastgoed- en hypotheekfraude, 27 november 2007.

40. Geelhoed, W.S. en Leeftang, F.J., WPNR nr. 6645, jaargang 136, 3 december 2005, themanummer Notariaat/vrije beroep en Mededingingswet, p. 943.
41. Gerver, P.H.M. en Marck, E.M. van der, Ruize-rijmen, Haarlem: Tjeenk Willink en van dezelfde uitgever: Van pennen en streken, 1986, Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap.
42. Goede notaris, De (preadvies 2010 KNB), Sdu Uitgevers, Den Haag 2010.
43. Gray, J., Zwarte mis, Apocalyptische religie en de moderne utopieën, Amsterdam: Ambo 2007.
44. Greenspan, A., Een turbulente tijd: Een leven in dienst van de economie, Amsterdam: Ambo 2007.
45. Groeben H. von der en Schwarze J., Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003.
46. Gronden, J.W. van de, Hervormingen in een dienstbaar Europa (oratie Nijmegen), uit de serie Europa in beeld, deel 4, Deventer: Kluwer 2008.
47. Groot, G., essay, NRC Handelsblad 24 januari 2009.
48. Haak, H.F. van den, Notariaat in de steigers, 40e landelijk notarieel studentencongres, Ars Notariatus 133.
49. Haak, H.F. van den, Een evenwichtskunstenaar, WPNR 1997/6291.
50. Haak, H.F. van den, De notaris in appel, Prinsengrachtreeks 2009/1, Nijmegen: Ars Aequi Libri.
51. Hammerstein, A., Rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het Notarisambt, Het beste van twee werelden, september 2005.
52. Hammerstein, A., Boekbespreking Z.D. Laclé, Notabelen vernieuwen, Ars Notariatus 137, WPNR 6775 (2008), p. 876.
53. Heringa, J.W. en Verloren van Themaat, W., themanummer Notariaat/vrije beroep en mededingingswet, WPNR (2005) 6645, Vrijheid in gebondenheid: de vrije beroepen in het mededingingsrecht, WPNR 6645 (2005).
54. Heuff, W., 150 jaar Koninklijke Notariële Broederschap, KNB 1993.
55. Heyman, H., Onafhankelijkheid en onpartijdigheid, WPNR 99/6363.
56. Hirsch Ballin, E.M.H., Een vertrouwenwekkende rol van de wetgever, RegelMaat 1997/6.
57. Houdijk, J.C.A., Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen (diss. Nijmegen), serie onderneming en recht, deel 52, Deventer: Kluwer 2009.
58. Houdijk, J.C.A., Rechtsgeleerd Magazijn Themis 2005-5.
59. Houdijk J.C.A., Radboud Universiteit Nijmegen 2006, Advocatuur en notariaat: Tussen profijt en professie, verslag en uitkomsten van het congres over de vrije beroepen in de paleiskerk te Den Haag.
60. Huijgen, W.G. en Pleysier, A.J.H., De wetgeving op het notarisambt, Ars Notariatus C 2001.
61. Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1 und Teil 2, München 2007.

62. Institute for Advanced Studies in Vienna (IHS): Economic Impact of regulation in the field of liberal professions in different member states; Regulation of professional services, January 2003, Study for the European Commission, DG Competition, Final report part 1, 2 and 3.
63. Inventarisatie vrije beroepen door de NMa: notariaat, maart 2006.
64. Isensee, H.J.C., Het ambt van notaris: Relict uit tijden van voor de grondrechten? (voordracht op 5 november 2009 op een symposium georganiseerd door de Stichting ter bevordering van de notariële wetenschap, over tien jaar marktwerking in het notariaat), *Ars Notariatus* 143, Deventer: Kluwer 2009.
65. Jones en Sufrin, *EC Competition Law*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 569.
66. Kabinetstandpunt op het rapport van de Commissie Evaluatie Wet op het Notarisambt, 7 februari 2006, kenmerk 5378886/06/DTR.
67. KNB, beleidsnotitie van het bestuur van voorjaar 2010: In transitie, een beleidsrichting voor de komende tijd.
68. KNB, *Vademecum*, regelgeving notariaat 2010.
69. KNB, Regiobijsenkomsten toekomst notariaat, Advies van de leden van Werkgroep 1 aan het bestuur van de KNB, oktober 2009.
70. KNB, Stuurgroep leges, eerste verslag van de stuurgroep aan de ledenraad van de KNB de dato 26 januari 2010, dossiernummer 1607.
71. KNB, Regiobijsenkomsten toekomst notariaat, Advies van de leden van Werkgroep II aan het bestuur van de KNB, 2010.
72. KNB, Handel en Publieke taak, Gedachten over het notariaat als ambt en onderneming, Rapport van de werkgroep ambt en onderneming van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, Meyer Human Strategy BV/KNB rapportage/Utrecht, april 2004.
73. KNB, *De goede notaris*, preadvies 2010.
74. Knieper, R., *Eine ökonomische Analyse des Notariats*, C.H. Beck, München 2010.
75. Kok, G.Chr., *Het Nederlandse notariaat* (diss. Leiden), 1971.
76. Kortmann, S.C.J.J., *Het professioneel juridisch advies*, Series: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging*, 134/1, Deventer: Kluwer 2004.
77. Kroes, N., *Reforms have brought benefits to consumers and the profession*,
78. *Nota Bene*, *Zeitschrift für das Notariat*, Austria, nr. 89a.
79. Kwak, A.J., *Van notabele naar expert, over het veranderde juristenbeeld*, *Sociologische gids* (48), 2001-1.
80. Laclé, Z.D., *Notabelen vernieuwen* (diss. Leiden), 2008, *ARS notariatus* 13.
81. Laclé, Z.D. en Voert, M.J. ter., *Naar een robuust notarieel normbesef*, Position paper bij de werkconferentie Eerste Trendrapportage Notariaat, Universiteit Leiden, 4 november 2004.
82. Lankhorst, F. en Nelen, J.M., *Professionele dienstverlening en georganiseerde criminaliteit, Hedendaagse integriteitsdilemma's van advocaten en notarissen*, Amsterdam: Vrije Universiteit Amsterdam 2004.

83. Lankhorst, F., Nelen, J.M., Laclé, Z.D. e.a., Beroepsethiek en marktwerking, Reeks Justitiële verkenningen 2005/03, Den Haag: WODC/Boom Juridische uitgevers 2005.
84. Lanotte, J. Vande en Haeck, Y., Handboek EVRM Deel 1 Algemene Beginselen, Intersentia Antwerpen-Oxford 2005.
85. Marinho, L., Rapport van het Europees Parlement over de notariaten in de toen twaalf EU-landen, 9 december 1993.
86. Marktwerking en publieke belangen, preadviezen voor de koninklijke vereniging voor de staathuishoudkunde 2009, www.kvsweb.nl, onder redactie van Van Damme, E. en Schinkel, M.P.
87. Mestmäcker/Schweitzer, § 8, rndnr. 27 en Emmerich/Hoffmann, Festschrift Selmer, Duncker & Humblot, Berlin Juni 2004.
88. Ministerie van Economische Zaken, Onderzoek marktwerkingsbeleid, februari 2008, n.a.v. motie Crone, Kamerstukken II 2006/07, 24 036, nr. 335.
89. Minkjan, E.E., reactie op het themanummer Notariaat/vrije beroepen en mededingingswet, WPNR (2005) 6645, te vinden in WPNR (2005) 6648, 136, 27 december 2005.
90. Molengraaff Instituut, Rapportage Wet koop onroerende zaken, de evaluatie, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.
91. Moltmaker, NJB 5 augustus 1995.
92. Monitorcommissie, Eindrapport van de Commissie Monitoring Notariaat, periode 1999-2003, Den Haag, februari 2003, commissie ingesteld bij besluit van 18 oktober 1999, Stcrt. 1999, nr. 206.
93. Moreau, A., La fonction notariale 1788-1990, Perpignan: Socapress 1991.
94. Mortelmans, K.J.M., Botsende algemene belangen en de werking van de interne markt, SEW, 52 (2004).
95. Mourik, M.J. van, De notaris, de kantonrechter en het erfrecht, WPNR 04/6574.
96. Mourik, M.J., Bachelor en Masters. De notariële opleiding in het 'ba-ma-tijdperk', WPNR, 2004, 6581, 12 juni 2004.
97. Murray, P.L., Real Estate Conveyancing in 5 European Union Member States: A Comparative Study, 31 augustus 2007.
98. Nationale Kamer van Notarissen in België, De vernieuwde Notariswet, deel 2 Handboek van de organisatie van het notariaat (Belgische notariswet), Larcier.
99. Netherlands Institute for Law and Governance, Publiek/Privaat: vervlechten of ontvlechten?, Intersentia Antwerpen-Oxford 2010.
100. Notarbild im Mitteleuropa, Band 7, Wien 2003, Center of legal competence Notariat 2005, Studie in opdracht van de Oostenrijkse Notarkammer: Notariat 2005, Wenen 2001.
101. Nourissat, C., Informations professionnelles étude nr. 1347.
102. Notariswet, De vernieuwde, deel 2 Handboek van de organisatie van het notariaat (België).

103. Notariswet Rechtszekerheid in een vrije markt (uitgave stichting tot bevordering der Notariële Wetenschap), Amsterdam 1996, met opstellen van o.m. A.C. Zijderveld, J.M. Polak, G.Chr. Kok, J.K. Molmaker, A. Klamer, H.G.J.M. Beckers en H.J.L. Vonhoff.
104. North, D.C., Institutionen, Institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung; Institutions, institutional change and economic performance, Cambridge: Cambridge University Press 1990.
105. Notariaat Magazine, editie 7-8, jaargang 10.
106. Nijboer, F., ING, Economisch Bureau ING, Sectorstudie Advocatuur en Notariaat juli 2003.
107. Oers, M. van, Marktwerking in het notariaat: droom of nachtmerrie, Ars Notariatus 143, Kluwer Deventer 2010.
108. Organisation for Economic Cooperation and Development, de OECD (of OESO), Competitive Restrictions in Legal Professions, rapport in opdracht van de Europese Commissie, mei 2007, DAF/COMP(2007)39.
109. Ott, Das Notariaat im Spannungsfeld von überliefertem Rechtsstatus und wirtschaftlicher Entwicklung – Eine Rechtsökonomische Untersuchung, German Working Papers in Law and Economics 2001/7.
110. Pessers, D.W.J.M., Goede en kwade trouw in het openbaar bestuur, een voordracht voor de Raad voor het Openbaar Bestuur, gehouden in Den Haag op 12 september 2006, gepubliceerd in NRC Handelsblad 23 september 2006.
111. Plaggemars, A.D., Quo vadis notariatus?, Ars Notariatus CXIX.
112. Plaggemars, A.D., De Notariswet van 1999: tien jaar zoeken naar balans tussen markt en publieke zaak, 10 jaar Wna, Marktwerking in het notariaat: droom of nachtmerrie, Ars Notariatus 143, Kluwer, Deventer 2010.
113. Preuss, N., Kompetenzkonflikt zwischen EU und Bundes Republik Deutschland auf dem Gebiet des Notarrechts, GPR 1/08.
114. Publiek/Privaat: vervlechten of ontvechten, Intersentia Antwerpen-Oxford 2010.
115. Pützer, H.J., Das Notariat im Zivilrechtssystem, in: Das Moderne Notariat – Strukturen und Aufgaben, Keulen: Bundesnotarkammer 1993.
116. Raad van State, Jaarverslag over 2008.
117. Raad van State, Advies en nader rapport, inzake wetsvoorstel 32 250 nr. 4.
118. Rand, A., Kapitalisme: Het onbegrepen ideaal, Laren: Nova Press 1967.
119. Report on Competition in Professional Services van 9 februari 2004, dat op 5 september 2005 werd gevolgd door 'Professional Services – Scope for more reform'.
120. Rieter, A.H.M., Vrije marktelementen in de nieuwe wet, WPNR 1999/6363, 49.
121. Roelofs-Wisman, J., Stand van het Notariaat 2007, Amsterdam: KSU uitgeverij 2007.
122. Roes, J.S.L.A.W.B. en Waaijer, B.C.M., De Goede notaris, Bespreking van het preadvies van de KNB de dato 8 oktober 2010, WPNR, 6856, 141, 25 september 2010.
123. Rosendaal, F.D., Notariaat in de steigers, Ars Notariatus 133.

124. Salomons, F.R. e.a., Advies van de werkgroep herziening onderwijsprogramma beroepsopleiding notariaat, oktober 2010, t.b.v. de SBN.
125. Schmid en Pinkel, Die Zulässigkeit nationaler Einschränkungen der Grundfreiheiten für juristische Dienstleistungen im Grundstücksverkehr vor dem Hintergrund des Verfahrens Kommission/Deutschland (EuGH C-54/08), *European Law/Europarecht*, *Hanse Law Review*, vol. 5, nr. 2.
126. Schmid en Pinkel, *Hanse Law Review*, vol. 3, nr. 1.
127. Schwitters, R.J.S., *Recht en samenleving in verandering*, 2e druk 2008, Deventer: Wolters Kluwer business 2008.
128. SEO, oktober 2004, rapport i.o.v. het ministerie van Economische Zaken: Rechtszekerheid als publiek belang.
129. SEO en Berenschot, *Mededinging versus domeinmonopolie en ministerieplicht*, Over de gevolgen van marktwerking in het notariaat, Den Haag, 17 april 2003. D9441.
130. Smith, A., *Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Books I-III, Harmondsworth: Penguin Books.
131. Soons, WPNR 1995, 6163.
132. Soons Bundel, *Heden verscheen voor mij ..., liber amicorum*, A.L.M. Soons, Arnhem 1995.
133. Spinoza, *De politieke verhandeling*, Amsterdam: Boom 1985.
134. Rechberger, W.H. e.a., *Notarbild in Europa*, Center of legal competence (Verein zur Förderung der rechtlichen Ostkompetenz Österreichs), NWV (Neuer wissenschaftlicher Verlag), Wenen-Graz 2003.
135. Roelofs-Wisman, J., *Stand van het Notariaat 2007*, Amsterdam: KSU uitgeverij 2007.
136. *Stand van het Notariaat 2007*, Amsterdam: KSU uitgeverij 2007.
137. *Stand van het Notariaat 2008*, Amsterdam: KSU uitgeverij 2008.
138. Stiglitz, J., Interview in de Volkskrant 6 februari 2010; J. Stiglitz, *Nobelprijs economische wetenschappen in 2001*, Columbia University.
139. *Theory and evidence on the regulation of the latin notary profession; A law and Economic Approach*, 12 december 2007.
140. Union Internationale du notariat, verslagen van de rapporteurs voor het XXVIe UNION-congres, WPNR, 6866 en 6867, mei en december 2010, Velten, A.A. van, Wiersema, S.J.J. en Meijer, M.R.
141. *Vademecum regelgeving notariaat*, KNB Den Haag 2010.
142. Vedder, H., *Competition Law and Environmental Protection in Europe; Towards Sustainability?* (diss. UvA), 2003.
143. Velten, A.A. van, *Het Notariaat: inderdaad een elastisch ambt*, *Ars Notariatus CVIII*, 2000.
144. Vermeend, W., *De WIJ Economie, de opkomst van de WIJ economie en de ondergang van de IK economie*, Amsterdam: Lebowski 2009.

145. Verstappen, L.C.A., *De Praktijcke van de Notaris* (inaugurele rede Groningen), 2000, *Ars Notariatus CVI*.
146. Verstappen, L.C.A., *Meer marktwerking in het notariaat? Een heilloze weg!*, WPNR 2005, 6645, 3 december 2005.
147. Verstappen, L.C.A., *Het notariaat in Spagaat: over instroom en de toekomst van het notariaat*, WPNR, 2004, 6591, 25 september 2004.
148. *Visie op de marktwerking in het notariaat van 16 mei 2006 aan de vaste commissie voor Justitie, van de Tweede Kamer der Staten-Generaal*.
149. Voert, M. ter en Ewijk, M. van, WODC, *Toegankelijkheid, continuïteit, kwaliteit en integriteit van het notariaat, Eerste trendrapportage notariaat*, 2004, *Cahiers 2004-12*.
150. Waaijer, B.C.M., *De Notariswet* (Melis), 7^e druk, Deventer: Kluwer 2003.
151. Waaijer, B.C.M., *Wat was was voordat was was was?* (rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar Notarieel Recht aan de UvA op vrijdag 2 oktober 2009), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2010.
152. Wendt, I., *The tension between rules regulating the (liberal) professions and EC Competition Law* (diss. Maastricht), 2009.
153. Whish, *Competition law*, 5^e druk, Oxford: Oxford University Press 2005.
154. WODC, *Eerste trendrapportage notariaat*, Voert, M. ter en Ewijk, M. van, *Cahiers 2004-12*.
155. WODC, *Zicht op wetgevingskwaliteit, een onderzoek naar wetgevingsadvisering van de Raad van State*, Boom, Amsterdam 2005.
156. WRR (Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid), *Het borgen van publiek belang*, rapport aan de regering, nr. 56, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000.
157. ZERP (Zentrum für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen) en anderen, *Summary of the comparative legal and economic study into the EU conveyancing services Market*, december 2007, *Comp/2006/D3/003*.
158. ZERP, Schmid, Ch.U., Co-ordinator, *Conveyancing Services Market, Country Fiches*, december 2007, *Study Comp/2006/D3/003*.
159. Zipprow, E.J., *Privaatrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht* (diss. Leiden), 2008.
160. Zijdeveld, A., *Tussen staat, maatschappij en markt: Het notariaat als professie tussen ambt en onderneming*, bijdrage in *Notariswet Rechtszekerheid in een vrije markt*, uitgave van de Stichting tot bevordering der notariële wetenschap, Amsterdam 1996.

Bijlage: Vragenlijst verzonden aan de 21

EU-lidstaten met een Latijns Notariaat

Questionnaire on arrangements governing the profession of the Latin notariat in the member states of the European Union

1. Rates for notarial services

- 1.1. Are the rates charged for notarial services regulated?
- 1.2. If so, do the rates apply to all areas of a notary's work?
- 1.3. If not, for what types of work are the rates regulated and for what types is the notary free to fix the rates?
- 1.4. If the rates are regulated, does the scheme provide for:
 - 1.4.1 fixed rates?
 - 1.4.2 minimum rates?
 - 1.4.3 maximum rates?
 - 1.4.4 recommended rates?
- 1.5. To what types of work do the rates apply precisely?
- 1.6. Who fixes the rates in your country?
- 1.7.1 For what period do the rates apply?
- 1.7.2 Are the rates index-linked and, if so, for what period?
- 1.8. Would you be in favour of changing the existing scheme, and, if so, how?
- 1.9. What arguments/considerations are there for the system of rates applied by your notariat or, as the case may be, for changes to the system?

2. Admission to the office of notary

- 2.1. What are the requirements for appointment as a notary:
 - 2.1.1 in terms of education and training?
 - 2.1.2 in terms of experience?

2.2. Is there also an admission examination?

2.2.1 If so, is it a comparative examination?

2.3. What other requirements must be met/obstacles overcome in order to be admitted to practise as a notary?

For example:

- a business plan: in the Netherlands a person wishing to practise as a notary must indicate in such a plan whether and, if so, how he/she proposes to operate a viable notary's office
- membership of a political party
- duration of practical training period
- financial position
- experience of working in similar professions
- quality/study requirements
- assessment
- minimum age
- maximum age.

2.4. By whom is a notary appointed?

2.5. Would you be in favour of changing the existing system and, if so, how?

2.6. What arguments/considerations are there for the system of rates applied by your notariat or, as the case may be, for the changes you desire?

3. Fixed quota

3.3. Does your country have a fixed maximum or minimum number of positions for notaries?

3.3.1 If so, who fixes this number?

3.3.2 What criteria play a role in determining the number of positions for notaries?

3.3.3 How often is the number of positions for notaries reviewed?

3.4. Would you be in favour of changing the existing system and, if so, how?

3.5. What arguments/considerations are there for the admission scheme applied by your notariat or, as the case may be, for the changes you desire?

4. Exclusive powers of notaries

4. Have exclusive duties (monopolies) been assigned to your notariat?

4.1. If so, in what fields of work and to what deeds/activities does this relate?

4.2. Are there also related professional groups such as attorneys who may exercise the same powers?

- 4.3. Have exclusive powers been added or taken away in the last 10 years and, if so, what powers?
- 4.4. Would you be in favour of changing the existing system and if so how?
- 4.5. With what kinds of other, non-exclusive work are notaries mainly involved?
- 4.6. What arguments/considerations are there for the system of exclusive duties/monopolies applied by your notariat or, as the case may be, for the changes you desire?

5. Special duties of the notariat that reduce pressure on the courts

- 5.1. Owing to the nature of their work, notaries help to prevent litigation by correctly recording the legal relationships between contracting parties. This reduces the burden on the courts. Does your country also assign special duties/responsibilities to notaries which help to reduce the pressure on the courts? Examples are:
 - mediation
 - a court commissioner as known in some Central European countries and, if so, what is the nature of the position and the duties?
 - arbitrators/persons charged with making binding rulings/recommendations
- 5.2. Can you suggest work for notaries that could further reduce the burden on the courts or, as the case may be, reduce the pressure on the government authorities in relation to the administration of justice?

6. Rules on advertising/publicity

- 6.1. May a notary advertise without restriction?
- 6.2. If not, what rules apply? What is and is not permissible?
- 6.3. Would you be in favour of changing the existing system and, if so, how?
- 6.4. What arguments/considerations are there for the rules on advertising applied by your notariat or, as the case may be, for the changes you desire?

7. Collaborative arrangements

- 7.1. Are notaries permitted to set up in practice with one or more other professionals within one legal entity?
- 7.2.1 If so, may this only be with a fellow notary?
- 7.2.2 And, if so, may this only be in the same place of establishment or may it also be with a fellow notary in a different place of establishment or even abroad?
- 7.3.1 Are notaries also allowed to set up in practice with members of other liberal professions, such as attorneys, tax consultants and/or accountants, employees or other third parties in general?

7.3.2 If so, on what conditions?

- 7.4. Would you be in favour of changing the existing system and, if so, how?
- 7.5. What arguments/considerations are there for the rules on collaborative arrangements applied by your notariat or, as the case may be, for the changes you desire?

8. Legal form

- 8.1. Can a notary's office be carried on in the form of a company (legal person) and/or in the form of a partnership?
- 8.2. If so, are conditions imposed and, if so, what conditions?
- 8.3. If so, what legal forms are permitted?
- 8.4. Does the existence of a legal person limit the liability of the notary?
- 8.5. Can a notary be in the paid employ of another notary?
- 8.6. Would you be in favour of changing the existing system and, if so, how?
- 8.7. What arguments/considerations are there for the rules on legal form applied by your notariat or, as the case may be, for the changes you desire?

9. Regulation in general

- 9.1. Who passes the laws, schemes or regulations governing the practice of the notarial profession?
- 9.2. If and in so far as the professional organisation representing the interests of notaries has regulatory powers, is the approval/consent of the government authorities required for the exercise of these powers or do the authorities have the power to declare any such provision not binding? And, if so, what branch of government has this right?
- 9.3. Does the competition authority of your country have direct or indirect influence on the regulations applicable to your notariat? If so, how?
- 9.4. Would you be in favour of changing the existing system and, if so, how and for what reasons?

10. Supervision and disciplinary law

- 10.1. Is there a system for supervision of notaries?
- 10.2. If so, does this supervision relate, for example, to quality, financing, integrity (compliance with rules) and/or other fields?
- 10.3. What bodies/authorities exercise any supervision?
- 10.4. Is there a system of disciplinary law?
- 10.5. If so, by what authorities is disciplinary law applied?

- 10.6. What sanctions can be imposed on notaries for infringements and how high/heavy are these sanctions?
- 10.7. Is there also a possibility for members of the public to lodge complaints and, if so, with which authority?
- 10.8. Would you be in favour of changing the existing system and, if so, how?
- 10.9. What arguments/considerations are there for the arrangements regarding supervision and disciplinary law applied by your notariat or, as the case may be, for the changes you desire?

11. 'Umbrella' organisation of notaries

- 11.1. Are the notaries members of a professional organisation?
- 11.2. If so, is this organisation a public body instituted by law or is it organised under private law?
What duties and powers does this organisation have? For example, legislative powers, powers in relation to education and training, provision of facilities for notaries, other duties? Are these powers exercised subject to the approval or supervision of the government authorities?
- 11.4. Does the organisation also represent the interests of notaries?
- 11.5. Do you consider that the professional organisation of notaries in your country has such a public law nature that it can be deemed to be a government authority (delegated or otherwise) and that this organisation does not – or should not – fall under the rules of economic competition?
- 11.6. Is there any case law or legislation on this subject?
- 11.7. Does your country also have a private association of notaries which represents their interests (such as the 'Notarverein' in Germany in addition to the Chamber and the 'Federation' in Belgium)?
- 11.8. Would you be in favour of changing the existing system and, if so, how?
- 11.9. What arguments/considerations are there for the arrangements regarding the organisational form of notaries that exist in your country or, as the case may be, for the changes you desire?

12. Liability and insurance

- Are notaries liable for the way in which they practise their profession?
Can notaries limit their liability in any way, for example by setting up a legal entity or by contractual limitation or other provision?
- 12.3.1 Does your notariat have a professional liability insurance scheme?
- 12.3.2 Is such insurance mandatory?
- 12.3.3 Up to what amounts are such policies normally taken out or mandatory?
If the means of redress against the notary and/or the insurance company have been exhausted, is supplementary redress against the government authorities possible?

- 12.3.4 Even if the government authorities could theoretically be held liable on the basis of the principle of delegated liability, have they ever been successfully sued in practice?
Has the notariat itself a 'fund' from which clients can be indemnified in the event of claims?
- 12.3.7 Does the professional liability insurer also influence the determination of certain professional rules in order to reduce the chance of errors/liability?
- 12.4. Would you be in favour of changing the existing system and, if so, how?
- 12.5. What arguments/considerations are there for the arrangements regarding the liability and insurance of notaries that exist in your country or, as the case may be, for the changes you desire?
13. Continual professional development
Does your notariat have a mandatory continual professional development (CPD) scheme?
If so, how is it organised? Are there guidelines on what components are obligatory and must notaries attend a minimum number of courses (or obtain a minimum number of course points) each year?
- 13.3. Would you be in favour of changing the existing system and, if so, how?
- 13.4. What arguments/considerations are there for the CPD scheme for notaries that exists in your country or, as the case may be, for the changes you desire?
14. Central registers
Does your notarial organisation manage central national registers?
If so, which ones?
- wills
 - marriage contracts (ante/post nuptial settlements)
 - legal entities
 - pledges
 - public sales (auction) of registered property
 - other
- 14.3. Is there any link between certain registers in your country (whether managed by a notarial organisation or otherwise) and similar registers in other countries?
- 14.4. If not, would you consider it desirable to have, for example, an EU network of certain registers with a view to the effective practice of law, for example with regard to wills, marriage contracts or other documents (please specify)?

- 14.5. Would you be in favour of changing the existing system and, if so, how?
- 14.6. What arguments/considerations are there for the central registers that exist in your country or, as the case may be, for the changes you desire?

15. Passiveness

- 15.1. Is the role of notaries one of complete or partial passiveness in relation to the matters referred to them?
- 15.2. If not, to what extent and how is this passiveness limited?
- 15.3. Does the notary play an active role by providing *Belehrung* & *Beratung* (duty to provide information and advice)?
- 15.4. Would you be in favour of changing the existing system and, if so, how?
- 15.5. What arguments/considerations are there for the passive role of notaries that exists in your country or, as the case may be, for the changes you desire?

16. Duties of office / Refusal to act

- 16.1. Are notaries always obliged to perform the duties entrusted to them by law?
- 16.2.1 Are notaries obliged or entitled to refuse to provide their services in certain situations?
- 16.1.1 If so, in what situations can this occur?
- 16.1.2 Would you be in favour of changing the existing system and, if so, how?
- 16.1.3 What arguments/considerations are there for the rules on the duties of office and refusal to act that exist in your country or, as the case may be, for the changes you desire?

17. Place of establishment / practice

- 17.1. Is a notary assigned a given place of establishment / practice?
- 17.2. Is a notary obliged to practise within the place of establishment?
- 17.3.1 Is a notary also empowered to execute deeds outside his place of establishment, court district or country?
- 17.3.2 If so, how, where and on what conditions?
- 17.4.1 May a notary have more than one office?
- 17.4.2 If so, how, where and on what conditions?
- 17.5. Would you be in favour of changing the existing system and, if so, how?
- 17.6. What arguments/considerations are there for the rules on the place of establishment/practice or, as the case may be, for the changes you desire?

18. Official duty of secrecy

- 18.1.1 Are notaries subject to an official duty of secrecy and/or do they have a right of privileged communication?
- 18.1.2 If so, are there exceptions?
- 18.1.3 If so, what are the exceptions?
- 18.2. Does the duty of secrecy/right of privileged communication also apply in relation to:
 - a. supervisory/regulatory bodies?
 - b. the tax authorities?
 - c. the public prosecution service?
- 18.4. Would you be in favour of changing the existing system and, if so, how?
- 18.5. What arguments/considerations are there for the rules on the official duty of secrecy and right of privileged communication?

19. Money laundering / fight against crime?

- 19.1. Are notaries obliged in any way to cooperate in combating money laundering and/or other crime?
- 19.2. If so, how is this done?
- 19.3.1 Do fraudsters have less opportunity to defraud clients as a result of the obligatory notarial deed and the attentiveness of the notary?
- 19.3.2 If so, in respect of what kinds of deed does this occur?
- 19.3.3 Please specify them.
- 19.3.4 Is this also a reason why exclusive rights have been granted to notaries or would it be desirable for this reason to grant additional exclusive rights to notaries?
- 19.4.1 Have the European directives on 'disclosure of unusual transactions' and 'identification of persons' also been transposed into national legislation in your country?
- 19.4.2 If so, are unusual transactions disclosed each year and, if so, how many?
- 19.4.3 Is there any verification of compliance with the laws on disclosure of unusual transactions and the identification of persons?
- 19.4.4 If so, by whom?

20. Enforceability

20.1. Do notarial deeds constitute enforceable documents in your country?

21. Full service

21.1. Are notaries obliged to perform all 'usual' notarial services – i.e. provide a full service?

21.2. Or may notaries specialise in the provision of certain services (for example, family law services) to the exclusion of others?

21.3. If your country requires notaries to provide a full service, does the obligation to provide all notarial services apply to the individual notary or to the notary's office (consisting of two or more notaries)?

21.4. Would you be in favour of changing the existing system and, if so, how?

21.5. What arguments/considerations are there for the full service obligation of notaries that exists in your country or, as the case may be, for the changes you desire?

22. Notary in paid employment / Part-time notaries etc.

22.1. Can a notary also be in paid employment?

If so, may a notary work only in the employ of another notary or also in the employ of other persons? If so, please specify.

22.2. Can a notary be appointed to work part time?

22.3. May a notary who has been appointed to a full-time post nonetheless be absent for a given number of days a week on a permanent basis (for example 3 out of 5 working days)? In other words, is part-time working possible for a notary appointed to a full-time post?

22.4. Can two or more notaries be authorised to act under 1 one notarial protocol, as is the case, for example, in France with the notarial legal person?

22.5. Would you be in favour of changing the existing system and, if so, how?

22.6. What arguments/considerations are there for the rules on paid employment for notaries that exist in your country or, as the case may be, for the changes you desire?

23. Debate on the role of the notariat

23.1. Is there any form of general debate on the position of the notariat and/or the degree of regulation?

24. Pensions/retirement benefits

- 24.1. Is there any form of collective pension scheme for notaries?
- 24.2. Is it permitted/customary for notaries to receive a goodwill payment from the person who succeeds to their office?

25. Regulation of the notariat

- 25.1. Do you have a strategy in place to deal with deregulation if you should be faced with it?

26. Other comments/wishes

- 26.1. Are there any other matters concerning your notariat or the notarial profession in general to which you wish to draw attention?
- 26.2. Do you have any recommendations for other notariats?